Das Problem des strafrechtlichen Treubruchs.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Theodor Schmid
Referendar aus Passau

Approbiert am 4. März 1936

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1936

1936/360

Referent: Univ.-Professor Dr. K ö h l e r

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Uebersicht.

Seite:

A. Treue und Treubruch 7
I. Allgemeiner Begriff 7
II. Die Veruntreuungs-Untreue-Systematik 8

B. Geschichte 10
I. Römisches Recht 10
II. Deutsches Recht 12
1. Stammesrechte 12
2. CCC und RPO 13
3. ALR 15
4. Die Partikularrechte des 19. Jahrhunderts 16
a) Preußen 16
b) Bayern 19
c) Sachsen 21

C. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 22
I. Unterschlagung und Veruntreuung 22
II. Untreue 23
III. Verhältnis zueinander 24

D. Die Untreue nach geltendem und kommendem Recht . . . 27
I. Die drei Untreuetatbestände nach der Novelle vom 26. 5. 33 28
II. Der Untreuetatbestand nach dem amtlichen Vorentwurf von 1936 30
III. Das Verhältnis der Untreue zur Veruntreuung nach der Novelle von 1933 bzw. dem V. E. von 1936 31

E. Das ausländische Recht 34
I. Oesterreich 34
II. Schweiz 36
III. Frankreich 39
IV. Italien 41

F. Der strafrechtliche Dualismus 43
I. Treubruch als Veruntreuung 44
II. Kriterium der Veruntreuung 46
III. Treubruch als Untreue 46
IV. Kriterium der Untreue 49

G. Das normative Verhältnis des § 266 zu § 246 (mit Tabellen) . 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0083

Benutztes Schrifttum.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig-Erlangen 1922.

Ammon: Die Untreue, Diss. Tübingen 1894.

Binding: Handbuch des Strafrechts I, Leipzig 1895.

— Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, besond. Teil, Leipzig 1902.

Carnot: Commentaire sur le Code pénal, Paris 1824.

Cartier: Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue, Diss. Basel 1902.

Chauveau-Helie-Villaire: Théorie du Code pénal, Paris 1888.

Dahm: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin 1931.

— Untreue, bei Gürtner „Das kommende Strafrecht", bes. Teil, S. 445, Berlin 1936.

Draheim: Untreue und Unterschlagung, Diss. Breslau 1901.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, Leipzig 1922.

Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des bürgerlich. Rechts, Marburg 1919.

— Entwürfe zum schweizerischen Strafgesetzbuch.

— Entwürfe zum österreichischen Strafgesetzbuch.

— Entwürfe zum deutschen Strafgesetzbuch.

Feuerbach: Lehrbuch des Peinlichen Rechts, Gießen 1805.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1931.

Francke: Die Bevollmächtigenuntreue, Diss. Köln 1933.

Freudenthal: Die Untreue in „Vergleichende Darstellung des Strafrechts", bes. Teil, Bd. 8, 1906.

Garraud: Traité du Droit Pénal Français, Paris 1924.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin 1922.

Goltdammer: Archiv für Strafrecht.

— Materialien zum preuß. Strafgesetzbuch, Berlin 1852.

Grünhut: Der strafrechtliche Schutz wirtsch. Interessen, in Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe Bd. V, Berlin 1929.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Berlin 1936.

Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafgesetzbuches, Berlin 1926.

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", bes. Teil, VI, 1907.

Hirschfeld: Veruntreuung und Untreue, Diss. Jena 1927.

Klee: Im Zentralblatt für Handelsrecht 1929/44.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917.

Krug: Kommentar zum Sächsischen Strafgesetzbuch, 1855.

Lammasch-Rittler: Grundriß des österreichischen Strafrechts, Wien 1926.

Löning: Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen im deutschen Recht, Straßburg 1875.

Mayer: Die Untreue im Zusammenhang mit den Vermögensverbrechen, München 1926.

Metzger: Strafrecht, München-Leipzig 1933.

Mommsen: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1847.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1927.
Oppenheim: Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894.
Pandectes Françaises: Vol. I, Paris 1886.
Protokolle der Strafrechtskommission, I. u. II. Lesung, bes. Teil.
Peschke: In DJZ 1933/1099.
Pfeifer: In Heft 302 der strafrechtlichen Abhandlungen, Breslau.
Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutsch. Uebersetzung, Berlin 1912.
Stanner: Die Untreue in der Lehre vom Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen, Diss. Breslau 1934.
Stephan: Strafgesetzbuch für das Königreich Italien, Berlin 1890.
Stooß: Die schweizerischen Strafgesetzbücher, Basel 1890.
Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts, Leipzig 1925.
Schneck: In J. Bl., (Wien) 1931/480.
Schobert: Der Tatbestand der Untreue, Forchheim 1935.
Schwartz: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, Berlin 1914.
Schwinge-Siebert: Das neue Untreuestrafrecht, Berlin 1934.
Wilda: Strafrecht der Germanen, Halle 1842.

Zeitschriften:

Deutsche Juristen-Zeitung.
Juristische Wochenschrift.
Juristische Blätter Wien.
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.
Strafrechtliche Abhandlungen Breslau.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Zentralblatt für Handelsrecht.

A. Treue und Treubruch.

I. Der Begriff Treue gehört in erster Linie der sittlichen und religiösen Welt an. Seinen Einzug in die Wissenschaft vom Recht konnte er nur langsam und schrittweise mit der Lösung des kodifizierten Rechts aus seiner primitiven Aeußerlichkeit halten.

Treue ist das sittliche Verhalten, das sich aus der freiwilligen Bindung an ein Versprechen, einen Eid, eine Person, eine Ueberzeugung oder Idee ergibt.

Vom heutigen rassebetonten Standpunkt ist sie als solche insbesondere dem nordisch-germanischen Menschen eigen. Erst über seine rechtsschöpferische Tätigkeit ist sie eingedrungen in die Gesetzgebung und Wissenschaft, während sie im römischen Recht nicht poenalisiert war.

Die Richtlinien dieses sittlichen Verhaltens sind keine absolut bestimmten, sondern nach dem Objekt sowohl wie nach dem Subjekt von größtmöglicher Verschiedenheit. Der Grund hierfür liegt letzten Endes in der Differenziertheit der Individuen und in der Wandelbarkeit der Weltanschauung. Immerhin bewegen sie sich innerhalb von Grenzen, die nach oben gebildet werden von dem menschlichen Gewissen, nach unten von den strafbedrohten Normen der in ständiger Entwicklung befindlichen Gesetzgebung. Von letzterer wird in kasuistischer oder in genereller Form das Mindestmaß der Treupflicht umrissen, dessen Verletzung als Treubruch bestraft wird, weil das Allgemeininteresse ein Handeln gemäß der eingegangenen Bindung erfordert. Das ist immer dann der Fall, wenn eine solche Bindung als freiwillige besteht an einen Eid, an eine Person, an die Gemeinschaft oder an ein Versprechen, dessen Erfüllung im Interesse der Allgemeinheit liegt. Die Bindung an eine Ueberzeugung oder Idee verträgt, ohne sittenwidrig zu sein, keine Sanktionen oder doch höchstens — und nicht unbestritten — lediglich im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse.

Zufolge dieser Ausführungen läßt sich vorerst ganz allgemein der Begriff Treubruch im strafrechtlichen Sinne zusammenfassen als eine Ueberschreitung der im Gesetz tatbestandsmäßig festgelegten Normen durch ein Verhalten entgegen der Bindung an

a) einen Eid,
b) eine Person,
c) ein Versprechen,
d) eine Gemeinschaft.

Dabei ist nicht eine scharfe Trennung dieser Untergliederung ins Auge gefaßt, sondern kann und wird in den meisten Fällen ein und dasselbe Verhalten gegen zwei oder mehrere dieser Bindungsträger zur gleichen Zeit verstoßen.

Zu den typischen Formen des strafrechtlichen Treubruchs in bezug auf die Bindung an einen geleisteten Eid gehören z. B. die meisten Amtsdelikte, die Desertion, der diplomatische Landesverrat. Letzterer stellt aber gleichzeitig einen Treubruch gegenüber der Gemeinschaft dar.

Da nach der heutigen Staatsgesetzgebung die Eide der Beamten nicht mehr auf eine anonyme Verfassung, sondern auf den Führer abgelegt werden, greift ihre Verletzung, wie es ähnlich bei der Desertion immer schon der Fall war, über auf das Gebiet des Treubruchs gegenüber einer Person. Ueberaus augenfällig hierunter fällt außerdem der eheliche Treubruch, ferner die Praevarikation. Veruntreuung und Untreue stehen an der Grenze und werden in den meisten Fällen — aber nicht notwendig — sowohl Treubruch gegenüber einer Person als gegenüber einem Versprechen sein. Dabei braucht das Versprechen keineswegs ein ausdrückliches oder gar besonders feierliches zu sein, sondern es kann sich aus einer besonderen Stellung oder konkludenten Handlung ergeben. Zu dem Treubruch an der Gemeinschaft schließlich zählen außer dem oben angeführten Landesverrat die meisten gemeingefährlichen Delikte und letzten Endes nach der deutschen Weltanschauung die gesamte Kriminalität überhaupt.

Trotz des Ineinandergreifens der aufgeführten Treuobjekte hat das geltende Recht Ueberschneidungen weitgehend dadurch zu verhindern gewußt, daß es nicht — wie eben geschehen — die „Ordnung" Treue in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen gestellt und daran deduktiv die möglichen Verletzungen abgeleitet hat, sondern daß es die schutzwürdigen Objekte Staat, Familie, Eigentum, Vermögen usw. poenalisierte und es im übrigen der Wissenschaft überließ, seine induktive Kodifikation zu verzahnen und nach übergeordneten Gesichtspunkten zu ordnen.

Für diese angewandte Methode spricht vor allem die in viel größerem Maße der Praxis entsprechende Uebersichtlichkeit und die größere Trennmöglichkeit, dagegen die Lückenhaftigkeit und die Unmöglichkeit einer erschöpfenden Darstellung.

II. Während weder die Treuverletzung gegenüber einem Eid oder gegenüber der Gemeinschaft, noch die Praevarikation oder der Ehebruch einen übermäßigen Meinungsstreit herausfordert, da die Tatbestände untereinander nur wenig konkurrieren, hat das Problem Veruntreuung—Untreue in sehr weitgehendem Maße die Wissenschaft beschäftigt.

Das geltende Recht hat in seiner Methodik diese beiden Treubruchsformen grundsätzlich getrennt, ohne daß sie einander völlig ausschließen.

Während es die Formen der Veruntreuung den Eigentumsdelikten zuzählt, gilt die als Untreue auftretende Art des Treubruchs als selbständiges Vermögensdelikt.

Legte man immer diesen Satz als Fundament all den kritischen Betrachtungen zugrunde, die zu dem Verhältnis der beiden — nur für den Laien synonymen Ausdrücke — Stellung nehmen, wäre bereits viel an Klarheit gewonnen. Die Aufzeigung des Parallelismus, der gewiß zwischen den beiden Formen zu bestehen vermag [1]), ist für das gestellte Problem genau so wenig erschöpfend wie die für den ersten Augenblick bestechende Annahme, daß der Untreue nur ein Ergänzungscharakter eignet [2]). Fügt man der Vollständigkeit halber diesen beiden Meinungen noch die Alternativlösung H. Mayers [3]) an, so sind damit gleich drei verschiedene Wege eröffnet, von denen zwar keiner absolut unrichtig oder gar unmöglich wäre, aber auch keiner restlos befriedigt.

Die Kritik und der Vorstoß zu einer Mittelmeinung soll einem späteren Abschnitt vorbehalten sein.

Eine Untersuchung der ersten Treubruchsform, der sogenannten Veruntreuung, innerhalb der dem geltenden StGB eigenen Systematik führt — wie bereits vermerkt — zur Gruppe der Eigentumsdelikte. Diesen (Diebstahl, Raub, Unterschlagung) wesentlich ist die Verletzung fremden Eigentums durch rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache.

Während Schutzobjekt dieser Delikte das Eigentum, also das Recht auf eine grundsätzlich vollständige und ausschließliche Herrschaft über eine Sache ist, ist deren Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache, also ein körperlicher Gegenstand [4]). Abgestellt auf den qualifizierten Fall des § 246, muß dieser fremde bewegliche Gegenstand sich im Gewahrsam des Täters befinden und diesem „eine tatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt sein, er werde diese Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen“ [5]). Die rechtswidrige Zueignung einer solchen Sache (auf die bestehende Kontroverse zwischen der Eigentumsdeliktstheorie und Vermögensdeliktstheorie soll erst später eingegangen werden) ist also nach geltendem Recht stets unter den zweiten Halbsatz des § 246 zu subsumieren, d. h. negativ ausgedrückt: es fällt eine rechtswidrige Zueignung dann nicht unter § 246 2. Halbsatz, wenn die Sache nicht besonders anvertraut ist (dann greift § 246 1. Halbsatz durch), oder wenn sie nicht im Gewahrsam des Täters ist (dann § 242 usw.), oder wenn sie keine fremde (z. B. bei fiduciarischen Rechtsgeschäften oder Rechtsgeschäften des mittelbaren Stellvertreters, dann trat bislang nur über die Hilfskonstruktion eines besonderen strafrechtlichen Eigentumsbegrif-

[1]) s. Draheim.
[2]) R. Schmidt S. 246 u. Binding S. 397.
[3]) H. Mayer S. 308; Stanner S. 36.
[4]) s. Oppenheim § 38.
[5]) E. 11/85 u. a.

fes oder über die Theorie der Vereitelung eines Individualanspruches eine Sanktion ein) oder keine (bewegliche) körperliche ist.

In den beiden letzten Fällen schließt das geltende Gesetz die hier klaffende Lücke durch die Vorschrift des § 266. Unter ihn sind auf jeden Fall die Fälle zu subsumieren, bei denen der Täter nichtkörperliche Gegenstände (zumeist Forderungen sowie Immaterialgüterrechte) oder — und unter Umständen — körperliche Gegenstände unter „Ueberschreitung rechtlichen Dürfens im Rahmen rechtlichen Könnens“ [6]) „veruntreut“, d. h. die ihm obliegende Treupflicht durch Mißbrauch seiner rechtlichen Vertretungsmacht verletzt. Letztere umstrittene Feststellung besagt schon jetzt, daß keinesfalls notwendig § 266 zu § 246 im Verhältnis der Subsidiarität oder Alternativität stehen muß, ohne daß dies natürlich fallweise ganz ausgeschlossen wäre. Eine Klarstellung hierzu wird später erfolgen.

Damit ist ganz roh, und ohne den Anspruch erheben zu wollen, erschöpfend oder streng teleologisch zu sein, der Rahmen gegeben, innerhalb dessen sich die Handlungen abspielen, über denen als Oberbegriff hinfort die Bezeichnung strafrechtlicher Treubruch stehen soll.

B. Geschichte.

Weil die Entstehung des Problems nicht auf dogmatischen Erörterungen fußt, sondern auf den Bedürfnissen einer Praxis, die sich im Laufe der Entwicklung vor allem von der wirtschaftlichen Seite her immer mehr zugespitzt haben, ist für das Verständnis der Materie eine gründliche Geschichtsbetrachtung unerläßlich; diese wird eine um so lückenhaftere sein, je weniger eine primitive Wirtschaft die Gesetzgebung befruchtete.

I. Römisches Recht: Immerhin überrascht auf den ersten Anblick die Tatsache, daß das sonst so ausgebildete römische Recht weder das Delikt der Unterschlagung noch das der Untreue als selbständigen Rechtsbegriff kannte. Der Grund hierfür liegt allerdings nicht allein in der Unkompliziertheit wirtschaftlicher Vorgänge und des darauf begründeten Bedürfnismangels, sondern auch im Charakter des römischen Rechts als einem individualistisch-kapitalistischen.

Bei der Begriffsweite der im römischen Recht als furtum bezeichneten deliktischen Eigentumsaneignung fallen allerdings darunter auch noch Handlungen, die wir heute teils als Untreue, teils als Unterschlagung bezeichnen. Auf letztere weisen namentlich die der Rechtssprache angehörigen Bezeichnungen intercipere, intervertere, in rem

[6]) Grünhut S. 129.

suam vertere [7]) hin, sowie das von Paulus [8]) in diese Reihe aufgenommene mutare. Letzteres in der auch heute geltenden Erkenntnis, daß Wertersatz den deliktischen Unwert der Handlung nicht aufzuheben vermag. E contrario ist innerhalb des furtum hinweisend auf die Unterschlagung, das Erfordernis einer besonderen, den Besitz konstituierenden Handlung, welche den, der Besitz oder Detention der Sache bereits in anderer Weise hatte, nur dann zum Dieb werden läßt, wenn er aufs neue mit deliktischem Unwert die Sache angreift [9]). Auch die deliktische Ueberschreitung des Gebrauchsrechts [10]) stellt einen poenalisierten Treubruch dar, wobei es vorerst gleichgültig ist, ob wir ihn heute unter den Tatbestand der Untreue oder Veruntreuung subsumieren. Ebenfalls unter den Begriff des furtum fiel die bestimmungswidrige Verwendung mit Einwilligung des bisherigen Eigentümers in das Eigentum des Empfängers übergegangener Gelder oder Werte, die der Empfänger nach dem Willen des Gebers an dessen Gläubiger abzuliefern gehabt hätte [11]). Auch eine solche Handlung stellt nach heutigem Recht einen Treubruch dar. Ob Veruntreuung oder Untreue, darüber gehen die Meinungen allerdings auseinander. Jedoch ist hier nicht Raum, hiezu Stellung zu nehmen.

Wohl einem praktischen Bedürfnis folgend, hat das römische Recht erst später jede Handlung, die als contrectatio „auch den sonst rechtlich geforderten Kriterien" [12]) entspricht, durch Einschluß in den Rahmen des furtum poenalisiert.

Vorerst jedoch hatten die auf besonderes Vertrauen aufbauenden Treueverhältnisse nur zivilrechtliche Wirkungen. Eine mittelbare, überaus harte Sanktion trat allerdings dadurch ein, daß die Verurteilung aus einer der actiones tutelae, mandati, depositi oder pro socio Infamie, d. h. Verlust sämtlicher politischen Rechte, zur Folge hatte [13]).

Pfeifer [14]) weist nach, daß diesen actiones ursprünglich in Gemäßheit des praet. Edikts „si quis negotia alterius sive quis negotia quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, ... judicium eo nomina dabo" [15]) das einheitliche Rechtsinstitut der Geschäftsführung zugrunde liegt. Er versteht darunter jede selbständige, einem fremden Interessenkreis angehörende wirtschaftliche Tätigkeit und benennt als deren häufigstes Anwendungsgebiet das Mandat. Dieses unterschied sich von der locatio conductio durch die soziale Stellung des Verpflichteten. Es zählte zu den operae liberales und wurde unentgeltlich ausgeübt. Unbeschadet eines ihr innewohnenden nur sekundären Treucharakters war die hierfür gewählte Bezeichnung

---

[7]) Mommsen S. 735.
[8]) Paulus 5,27 (vgl. auch Dig. 30, 51).
[9]) Mommsen S. 735.
[10]) Paulus Dig. 47,2, 1, 3.
[11]) Dig. 13,1, 18. 17,1, 22,7.
[12]) Mommsen S. 739.
[13]) Dig. 3, 2, 1.
[14]) Pfeifer in Heft 302 S. 2 ff. d. strafr. Abh.
[15]) L. 3. D. 3, 5.

neben „officium" und „amicitia" „fides" [16]). Durch die actio mandati und die an die Verurteilung anschließende Infamie wurde eine (sich durch die contrectatio manifestierende) „perfidia" des Täters bestraft.

Ebenfalls einschlägig aus dem römischen Recht ist das als peculatus publicus oder depeculatus bezeichnete furtum am beweglichen Staatsgut. Da situationsmäßig hierzu hauptsächlich Beamte und deren Untergebene in der Lage waren, erfüllten diese Fälle in der Regel den Tatbestand der heutigen Veruntreuung [17]).

Es wurde in einem anderen Zusammenhang bereits auf die kapitalistischen Züge des römischen Rechts hingewiesen. Ganz in diesem Sinne kann zusammenfassend gesagt werden, daß der römisch-rechtlichen fiducia weniger das Moment der Treue und der darin enthaltenen ethischen Pflicht wesentlich eignete, sondern sie hauptsächlich und rein kapitalistisch ein „Geschäft bedeutete, bei welchem einer Person Werte in einer den Zweck des Geschäfts überschreitenden Weise übertragen wurden" [18]).

II. Deutsches Recht: Diese eigenwillige Abstraktion steht im starken Gegensatz zur deutsch-rechtlichen Auffassung. Es kann ganz allgemein vorausgeschickt werden, daß entsprechend der Innerlichkeit des germanisch-deutschen Menschen ohne Rücksicht auf den augenblicklichen Stand der Kodifikation seine Rechtsauffassung stets von der Seite der sittlichen Pflicht her bestimmt war. Demzufolge wurde beim Treubruch die darin wohnende Untat und weniger die sich daraus ergebenden Folgen als Angriff auf die Rechtsintegrität empfunden. Auf dieser Grundlage ist es gar wohl denkbar, daß ohne den Einfluß des römischen Rechts die Poenalisation des Treubruchs im deutschen Recht eine ganz andere Entwicklung durchgemacht hätte. Höchstwahrscheinlich wäre die kasuistische und überaus lückenhafte Fassung des § 266 vor der Novelle vom 26. 5. 33 niemals zustande gekommen, das Dilemma 246—266 niemals so sehr in den Vordergrund getreten.

1. Es ist deshalb entgegen anderen Darlegungen kein Zufall, daß — obwohl erst viel später und unter dem Einfluß der wirtschaftlichen Entwicklung kodifiziert — der Begriff der Untreue im Vergleich zur Unterschlagung der ältere, weil umfassendere, ist [19]). Wenn es in den Stammesrechten zu einer Kriminalisierung — mit wenigen Ausnahmen — nicht gekommen ist, so hauptsächlich deshalb, weil die zivilrechtliche Vollstreckung und die unter Umständen daran anknüpfenden Prozeßstrafen zur Ahndung der verletzten vertraglichen Treuverpflichtung ebenso genügend erschien wie zur Realisierung des dem Gläubiger zustehenden materiellen Anspruchs. Die Rechtsinstitution,

[16]) L. 1 § 4 Dig. 17,1.
[17]) s. auch Mommsen S. 764.
[18]) Pfeifer in Heft 302 d. strafr. Abhandlungen.
[19]) s. auch Mayer S. 3.

die dieser Prozeßart zugrunde lag, war die res praestita, die sowohl dem salfrankischen Recht [20]) wie dem ribuarischen Recht [21]) angehörte und hauptsächlich hinsichtlich geliehener und verwahrter Sachen Rechtsschutz gewährte.

Immerhin erkannte in Fällen der Verweigerung oder Vorenthaltung der Rückgabe von anvertrauten Sachen sowohl das bayerische Stammesrecht [22]) als auch die stark deutschrechtlich beeinflußte Lex Romana Burgundiorum [23]) auf öffentliche Strafen, die in Geld abzuleisten waren, und die kriminellen Charakter trugen. Trotzdem wurde auch hier der Strafgrund nicht völlig verwischt, da wohl ebenfalls die Vertragspflichtverletzung als unwertes Moment getroffen werden sollte, wohingegen die darin enthaltene — heute als Unterschlagung bzw. Veruntreuung bezeichnete — Eigentumsverletzung nicht poenalisiert war. Daß solch ein Schuldner sicut fur bestraft werden sollte, besagt nämlich nicht notwendig, daß seine Tat als Parallelfall des dieblichen Behaltens ebenfalls zu den Diebstahlsdelikten zählte, sondern will m. E. lediglich einen Hinweis auf den Strafrahmen geben.

So kann zusammenfassend gesagt werden, daß dem älteren deutschen Recht ein selbständiges Delikt der Unterschlagung anvertrauter Sachen unbekannt war. In Fällen einer kontraktlichen Uebergabe unter Restitutionspflicht kann wegen des daraus entspringenden rechtmäßigen Besitzes weder von „dieblichem Behalten" [24]) gesprochen werden noch von „dieblichem Nehmen". Denn in ersterem Falle ist die Sache mit Willen des Eigentümers in die Hände des Schuldners gelangt, in letzterem Falle fehlt dieser Uebergabe das dem älteren deutschen Diebstahlsbegriff eigentümliche Merkmal der absichtlichen Besitzverletzung [25]). Was nach alter deutscher Rechtsanschauung übrigblieb, ist demnach die vertragswidrige Rückgabeverweigerung, die, von oben erwähnten Ausnahmen abgesehen, nur zivilrechtliche Ahndung fand.

Nur in den Fällen absichtlicher Unmöglichmachung der Rückgabe, beispielsweise durch dolose Veräußerung oder Vernichtung der Sache, wurde die Verletzung der vertraglich übernommenen Treupflicht auf Rückgabe zu einer deliktischen und zog kriminelle Strafen nach sich.

2. Das langsam eindringende römische Recht brachte mit seinem überaus weiten Begriff des furtum eine Anzahl neuer strafbarer Tatbestände auf, darunter die Beamtenuntreue, ohne gerade besonders aufklarend zu wirken.

---

[20]) Lex Salica 52 de. re pristita.
[21]) Lex Rib. 52.
[22]) Lex Bajuw. XIII, II, Leges III, 314, 350, 424.
[23]) Lex Rom. Burg. 38,1. Leges III, 26.
[24]) Wie die vollständig anders gelagerten Fälle in Buch II Art. 29 und 37 d. Sachs. Spieg. zusammengefaßt zu werden pflegen.
[25]) Lönning S. 402—415.

Erst die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (CCC) bringt in ihrem Art. 170 erstmalig einen generalisierten Treubruchstatbestand, der sowohl — und hauptsächlich — die Veruntreuung als auch die Untreue poenalisiert. Demgegenüber sollen die Artikel 115 (Praevarikation) und 154 (Verrätherei) deswegen außer Betracht bleiben, weil sie heute selbständig unter anderen Gesichtspunkten kodifiziert sind. Der Art. 170 (CCC) spricht von einem Treubruch, welcher einem Diebstahl gleich erachtet werde. Er setzt voraus, „vntrewlich Handeln mit vertrawter oder hinterlegter Habe . . . item zu schaden handeln mit eyns andern güttern, die im im gutten glauben zu behalten und verwaren gegeben sein".

An die Interpretation dieser Stelle knüpft der nun folgende Entwicklungsgang des Unterschlagungsbegriffes an. Das ist deswegen interessant, weil je nachdem die Zuordnung des Treubruchdelikts zu den Eigentumsdelikten (so in der CCC) oder zu den Vermögensdelikten (so im ALR) geschieht. Dogmatisch sind beide Auffassungen möglich, je nachdem sich der Treubruch mehr als Veruntreuung oder Untreue darstellt.

Hinsichtlich des Umfangs des Art. 170 (CCC) ist die wörtliche Exegese, die hauptsächlich Carpzow verfocht, und die den Artikel nur auf die Fälle der Unterschlagung von Depositen beschränken wollte, bald als zu eng erkannt worden. Im Wege der extensiven Interpretation wurde die Gesetzesstelle schließlich auf jedes treulose Gebrauchen und Verderben fremder Güter ausgedehnt, die unter einer — nicht notwendig ausdrücklichen — besonderen Treuverpflichtung überlassen worden waren.

Damit war der Weg freigemacht für die Weiterbildung des Art. 170. Selbständig neben Diebstahl und Betrug ließ sich die Unterschlagung untergliedern in den qualifizierten Fall der Deliktsbegehung an anvertrauten Sachen und blieb neben diesen sogenannten Veruntreuungen hinfort Raum für den Rest treubrüchiger Handlungen innerhalb bestimmter obligatorischer Verhältnisse als sogenannte Untreue.

Während so die Abgrenzung der beiden Begriffe gegeneinander völlig der Wissenschaft und Praxis überlassen war, brachte erstmals die Reichspolizei-Ordnung von 1577 eine selbständige, allerdings nur für Vormünder (und analog Kirchengutspfleger) zutreffende Definition der Untreue. Zufolge ihres § 3 Titul XXXII wird nämlich „Alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zusteht bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht" poenalisiert und die Behörden aufgefordert, „keines Vormunds Fahrlässigkeit, noch weniger Vervorteilung bei seinem Pflegekind oder dessen Gütern ungestraft hingehen zu lassen".

Unverkennbar hat diesem § 3 RPO das römische Vormundschaftsrecht als Muster und Vorbild gedient. Seine actio tutelae wurde einfach zum kriminellen Tatbestand erhoben. Was bestraft wurde, war nicht der Mißbrauch des Verfügungsrechtes, sondern die dolose Amts-

pflichtverletzung als solche. Diese bestand in einer einfachen (bei Fahrlässigkeit) oder qualifizierten (bei Vervorteilung) vermögensrechtlichen Beschädigung des Mündels (bzw. des Kirchenguts).

3. Als nächste größere Kodifikation finden wir das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten vom Jahre 1794, das nach zwei — juristisch wenig fruchtbaren — Jahrhunderten eine neue Untreuefassung einführt. Diese kann um so weniger als eine glückliche angesprochen werden, als darin nicht nur die angebahnte Scheidung zwischen Veruntreuung (Art. 170 CCC) und Untreue (§ 3 RPO) wieder aufgegeben wird, sondern sogar eine verwirrende Vermengung mit den Begriffen Betrug, Diebstahl, ja sogar Personenbeschädigung herbeigeführt wurde. Rein teleologisch mag vielleicht der § 1329 ALR, aus der deutsch-rechtlichen Vorstellung schöpfend, der letzte allzu schüchterne Versuch eines generalisierenden Untreuetatbestandes gewesen sein. „Wer außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen, einen anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, auf sich hat und denselben gleichwohl hintergeht ...., wird bestraft".

Aber es ist, als hätte das Gesetz jäh vor seiner eigenen Kühnheit zurückgeschreckt, wenn man unmittelbar daran anschließend eine kasuistische Aufzählung von den Fällen strafbarer Untreue lesen muß, die bei aller Gemeinsamkeit einer besonderen Treupflichtverletzung doch von der allergrößten Verschiedenartigkeit sind.

Zufolge dieser Kodifikation werden (abgesehen von dem ungetreuen öffentlichen Beamten) wegen Untreue bestraft:

a) Betrügereien und deren Begünstigung durch öffentliche Makler.
b) Praevarikation.
c) Rechtswidriger Gebrauch verwahrter oder gepfändeter Sachen.
d) Unterschlagungen von Privatverwaltern und Rechnungsführern, von Hausgenossen, des Gesindes oder sonstiger Privatpersonen; sowie ungeachtet des subjektiven Täterwillens die widerrechtliche Verpfändung fremder Sachen durch den Inhaber.
e) Untreue von Privatverwaltern gegen ihre Herrschaft, Untreue der Vormünder, der Bevollmächtigten, der Handlungsgesellschafter und der in Assekuranzverhältnis stehenden Personen.

Aus dieser Zusammenstellung ist ersichtlich, daß das ALR unter Untreue Vermögensbeschädigungen jeglicher Art, begangen durch Verletzung eines Kontrakts oder quasi-Kontrakts poenalisierte. In der Tat wurden jedoch durch diese Vorschriften nur jene Arten der Vermögensbenachteiligung getroffen, die nicht schon als selbständige Delikte mit Strafe bedroht waren. Diesen selbständigen Delikten, wie Betrug und Diebstahl, waren nämlich die Untreuebestimmungen subsidiär. Dies geht für den Betrug hervor „aus der Behandlung des Delikts als Unterart eines der allgemeinen Vermögensdelikte" [26]),

[26]) Hirschfeld S. 5.

für den Diebstahl aus der Vorschrift der §§ 1331, 1332 ALR selbst. Hingegen kennt das ALR einen allgemeinen Begriff der Unterschlagung nicht, sodaß diese im Gesetz kasuistisch aufgeführten Delikte stets als Unterfälle der Untreue behandelt wurden.

4. Das nun aufsteigende 19. Jahrhundert war von größter Bedeutung für die Weiterbildung des Treubruchsbegriffs. Zwar wirkte der Einfluß des französischen Rechts, insbesondere des Artikels 408 Code pénal, der den Unterschlagungstatbestand mit Untreue-Merkmalen (au préjudice de ...) vermischte, nicht gerade beschleunigend, jedoch war gerade er es, der schließlich die dogmatische Fixierung der Unterschlagung als Eigentumsdelikt veranlaßte. Damit war von zwei vermischten und unklaren Begriffen wenigstens der eine endgültig festgelegt, was zur Erkenntnis des anderen von grundlegender Bedeutung war.

a) Das preußische StGB aus dem Jahre 1851 hatte gerade hinsichtlich des Treubruchs eine überaus abwechslungsreiche Entwicklung innerhalb der amtlichen Entwürfe durchgemacht.

Der erste Entwurf von 1827/29 schied entgegen dem ALR die Fälle der Unterschlagung aus der Untreue aus, ohne jedoch den Wesensunterschied dieser beiden Delikte endgültig herauszustellen. Denn die für die Unterschlagung geforderte, dem französischen Recht nachgebildete Vermögensbenachteiligung trennte die Unterschlagung scharf vom Diebstahl, obwohl nur über diesen die Erkenntnis der selbständigen Eigentumsdelikte zu erhoffen war.

Immerhin hat das endgültige StGB von 1851 das Delikt der Veruntreuung, entgegen den Entwürfen der 30er Jahre und unter Aufgabe der kasuistischen Formulierung des ALR, zu einem generellen Verbrechenstatbestand erhoben, allerdings unter der Bezeichnung Unterschlagung. Gemäß § 225 Preuß. StGB fielen darunter die Fälle rechtswidriger Zueignung von solchen Sachen, „deren Besitz oder Gewahrsam er (der Täter) mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern". Nicht fielen darunter die Fälle rechtswidriger Zueignung schlechthin im Gewahrsam des Schuldners befindlicher Sachen[27]). Das entscheidende Kriterium für den Unterschlagungsbegriff des Preuß. StGB ist also nicht die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache ohne Gewahrsamsverletzung, sondern die Verletzung einer obligatorischen Pflicht, die Verletzung des besonderen in den Täter gesetzten Vertrauens.

Demnach blieben nach der damals herrschenden Ansicht rechtswidrige Zueignungshandlungen an in Gewahrsam des Täters befindlichen fremden beweglichen Sachen, sofern sie nicht gleichzeitig eine besondere Vertrauensverletzung enthielten, nur mit der zivilrechtlichen Schadensersatz- und Vindikationsklage verfolgbar[28]), es sei denn, daß es sich um gefundene oder durch Zufall in den Gewahrsam

[27]) Wie es auch die Entwürfe von 1830/33/36 gefordert hatten.
[28]) Goltd. Materialien z. Preuß. StGB II S. 499.

des Täters gelangte Sachen handelte. Diese letzteren Fälle wurden gleichgeachtet einer Unterschlagung. Obwohl dies in Wirklichkeit mit dem Wesen des damaligen Unterschlagungsbegriffes in Widerspruch stand, wurde damit doch die Eindämmung nicht mit Strafe bedrohter rechtswidriger Zueignungshandlungen auf ein Mindestmaß erreicht. Denn so fehlerhaft die Formulierung auch war, so ließ sich doch darunter die große Zahl aller deliktischen Zueignungshandlungen an im Gewahrsam des Täters befindlichen Sachen subsumieren oder wurde kurzerhand in der Praxis darunter subsumiert.

Ja, dieselbe Praxis schickte sich an, gefühlsmäßig unwerte Handlungen, die tatbestandsmäßig niemals unter dem § 225 Preuß. StGB unterzubringen waren, als Unterschlagungen zu bestrafen. Das aus der Unzulänglichkeit des Unterschlagungsdelikts[29]) geborene Bedürfnis, auch die „Aneignung von Forderungen“[30]) selbständig zu bedrohen, drängte sie auf diesen Weg, obwohl er eine grobe und von der Wissenschaft abgelehnte Verletzung des (damals) unantastbaren „nulla poena sine lege“ Grundsatzes darstellte.

Es kann schließlich gerade in Hinblick auf die bei der Unterschlagung fälschlich so in den Vordergrund gestellte Vertrauensverletzung nicht wunderlich erscheinen, daß der Untreue in den Entwürfen zum Preuß. StGB bis 1836 nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen wurde. Man versprach sich von ihrer wissenschaftlichen Definition keine große Erleuchtung. Die Sanktion der Untreufälle, soweit sie überhaupt kriminell zulässig war, schien durch die bestehenden Unterschlagungs- und Betrugsvorschriften genügend gewahrt.

Somit begnügte man sich im wesentlichen mit einer Fassung des Untreuetatbestandes entsprechend den Vorschriften des ALR, das — wie bereits aufgezeigt — die Treupflichtverletzung bestimmter Personenkreise mit Strafe bedrohte. Jedoch wurde in dem verständlichen Bestreben, eine zu weite, oft ganz untunliche Ausdehnung des Tatbestandes auf private Treupflichtverletzungen zu verhindern, die Strafbarkeit der Untreue ausdrücklich auf die Verhältnisse mit öffentlich-rechtlichem Charakter beschränkt[31]). Damit war zudem eine objektive Abgrenzung gegenüber dem damaligen Unterschlagungs- (besser Veruntreuungs-)delikt herausgestellt, da hinsichtlich letzterer eine Einschränkung der Subjekte nicht stattgefunden hatte.

Der Entwurf von 1845 wies im wesentlichen zwei Neuerungen auf. Während er einerseits in seiner weitgehenden Anlehnung an den Betrug den Begriff der Untreue auch auf Benachteiligungen in den persönlichen Rechtsverhältnissen ausgedehnt hatte, sollten andererseits die Bevollmächtigten (anders die früheren Entwürfe) nicht mehr zu jener Kategorie Personen gezählt werden, bei denen ein erhöhtes Maß von Treupflicht strafrechtlich relevant war. Hinsichtlich dieser

[29]) beschränkte sich dieses doch ausschließlich auf körperliche Gegenstände.
[30]) Binding S. 395 Lehrb. bes. Teil I.
[31]) Goltd. Mat. II S. 558.

letzteren wurde nämlich die Notwendigkeit verneint, andere als solche treubrecherische Handlungen zu poenalisieren, welche schon selbständig als Betrug, Unterschlagung oder evtl. Fälschung bestraft wurden.

In diesem selben Gedankengang überstürzte sich der kurzlebige Entwurf von 1850, der die Notwendigkeit besonderer Untreuebestimmungen für sämtliche, also auch für die öffentlich-rechtlich bestellten Personen verneinen zu können glaubte und den Untreuetatbestand überhaupt strich. Die bereits durch den Wegfall der Bevollmächtigtenuntreue aufgerissene Lücke in der Kriminalisierung treubrecherischer Handlungen wurde damit unerträglich vergrößert.

Die Zahl der Treupflichtverletzungen, die weder als Unterschlagung noch als eigentlicher Betrug nach den damaligen Definitionen hätte angesprochen werden können, war eine überaus große.

Es war das Verdienst der gemeinrechtlichen Juristen, daß sie die Wertung von Treubrüchen innerhalb besonderer Vertrauensverhältnisse von den damit verwandten Delikten der Unterschlagung und des Betrugs schieden und damit entgegen ihren (französisch orientierten) rheinischen Kollegen der deutsch-rechtlichen Auffassung durch die Wiedereinführung eines selbständigen Untreuetatbestandes zum Durchbruch verhalfen.

Schließlich bedrohte die endgültige Fassung des Preuß. StGB von 1851 mit Gefängnis und Ehrenstrafen:

> „Vormünder, Curatoren, Sequester, Testamentsvollstrecker, Verwalter von Stiftungen, wenn sie vorsätzlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln; Makler, Güterbestätiger, Schaffner und andere obrigkeitlich besonders verpflichtete Gewerbetreibende, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften vorsätzlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen".

Der Katalog der angeführten Subjekte war eine Aufzählung des aus dem Bedürfnis der Praxis bereits vorher stark ausgedehnten Tit. XXXII der RPO. Die Weglassung der Bevollmächtigtenvorschrift war eine Konzession an die starke juristische Gegnerschaft. Die damit in Kauf genommene Lücke wurde von der Praxis des preußischen Obertribunals, die keineswegs unwidersprochen geblieben war, mittels einer wenn auch ungerechtfertigten analogen Ausdehnung der Unterschlagungsbestimmung auf die rechtswidrige Aneignung von Forderungen nicht etwa geschlossen, sondern eher gewalttätig unterdrückt.

Hinsichtlich des Verhältnisses der Untreue zur Veruntreuung hatten die Entwürfe von 1845, 1846 und 1847 bestimmt, daß Bestrafung gemäß der Untreuebestimmung zu erfolgen hätte, „ohne Unterschied, ob jener Nachteil [32]) durch Unterschlagung, durch Betrug oder auf

[32]) d. i. der Nachteil, den die aufgezählten Personen vorsätzlich den ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen zufügten.

andere Weise bewirkt ist". Damit war für die in § 246 angeführten Personen — und nur für diese — die Untreue als genereller Begriff über alle das Vermögen der zu betreuenden Personen benachteiligenden deliktischen Handlungen, also hauptsächlich Unterschlagung und Betrug, gesetzt[33]). Diese (Unterschlagung und Betrug) waren subsidiärer Natur und wurden primär nur auf die deliktischen Handlungen solcher Personen angewandt, die im § 246 nicht katalogisiert waren, also in der Hauptsache auf Privatbevollmächtigte.

Der endgültige § 246 des Preuß. StGB stellt sein Verhältnis zum Unterschlagungsdelikt (§ 225) deutlich heraus. Er umfaßt die Unterschlagung der zur besonderen Treue verpflichteten Personen und läßt nach den Grundsätzen des § 55 Preuß. StGB immer dann eine härtere Strafe eintreten, wenn die Handlung eine solche gleichzeitig begründet hat. Untreue und Unterschlagung stehen also konkurrierend nebeneinander. Wenn diese Konkurrenz auch zufolge § 55 Preuß. StGB nach den Grundsätzen der Idealkonkurrenz behandelt wurde, so ist die Annahme einer Subsidiarität[34]) deswegen noch nicht gerechtfertigt. Richtigerweise stehen die §§ 246 und 225 zueinander im Verhältnis der Alternativität. Denn „ein und dieselbe widerrechtliche Handlung wird vom Gesetzgeber unter mehreren kriminellen verschiedenen Gesichtspunkten gesehen und zum Tatbestand mehrerer Regelrechtsätze gemacht ..."[35]). Von den mehreren einschlägigen Strafgesetzen soll stets nur eines zur Anwendung kommen, und zwar das für den Angeklagten im konkreten Fall ungünstigste Strafgesetz[36]). Während zwar auch im Fall einander subsidiärer Strafdrohungen „derselbe Tatbestand ganz oder teilweise unter zwei verschiedene Strafdrohungen fällt, kommt dabei aber nicht bald die eine, bald die andere derselben und nicht stets das schwerste Gesetz zur Anwendung, sondern stets das nicht subsidiäre Strafgesetz. Es tritt bei der Subsidiarität — ganz anders als bei der Alternativität der Strafgesetze — das eine Gesetz (in unserem Fall § 246) bewußtermaßen zurück"[37]). Gerade letzteres Argument besagt, daß es eine ungerechtfertigte Unterschätzung des § 246 Preuß. StGB bedeuten würde, wollte man ihn so unterschiedslos in den Hintergrund stellen.

Während zufolge dieser ganzen Ausführungen die preußische Gesetzgebung hinsichtlich des gestellten Problems offensichtlich eine wenig glückliche Hand bewies, gingen die anderen Länder schon früh eigene und geeignetere Wege.

b) Besonders in Bayern war es das Feuerbachsche Lehrbuch des Peinlichen Rechts, das eine eingehende legislative Berücksichtigung sowohl der Unterschlagung als auch der Untreue aufweist. Es ist kein geringes Verdienst, den wesentlichen Unterschied dieser beiden Delikte erstmalig klargestellt zu haben. Die feste Abgrenzung der

[33]) Goltd. Mat. II S. 561.
[34]) wie sie Franke S. 9 als ausdrücklich im Gesetz festgelegt sehen will.
[35]) Binding, Hdb. I S. 349.
[36]) Ebenda S. 350.
[37]) Binding Hdb. I S. 357.

Eigentumsdelikte war für die Frage nach dem Verhältnis der beiden Delikte zueinander ebenso wichtig wie die Definition der Untreue selbst.

Gemäß Artikel 229 ff. Bayer. StGB [37a]) wurde als Unterschlagung die rechtswidrige Zueignung einer Sache, die der Täter für einen anderen im Besitz oder Gewahrsam hat, durch wissentliche Ableugnung gegenüber dem Berechtigten, Veräußerung, Verbrauch oder durch sonst eine Handlung, zu der nur der Eigentümer berechtigt sein kann, bestraft.

Abgesehen von der noch kasuistischen Aufzählung der Zueignungshandlungen weist diese Fassung bereits die wesentlichen Merkmale des heutigen Unterschlagungsbegriffes auf. Jedoch ist aus der Stelle: „für einen anderen" ersichtlich, daß Artikel 229 Bayer. StGB lediglich die qualifizierten Fälle der Unterschlagung, die heutige sogenannte Veruntreuung, umfaßte. Demzufolge ist die Unterschlagung gefundener Sachen nur logisch zu den Diebstahlsdelikten geschlagen und im Artikel 212 desselben Gesetzes gesondert poenalisiert.

Ohne den naheliegenden Umweg über die RPO zu nehmen, schöpfte Feuerbach den Untreuebegriff aus dem römischen Recht und formulierte sie als „jede vorsätzliche Benachteiligung dessen, dem Treue geschuldet wird" [38]).

Abgesehen von der hier nicht zu erörternden ehelichen Treueverletzung und der Praevarikation wurde die Untreue der

> „Vormünder und Curatoren, die ihren Pflegebefohlenen in rechtswidrigem Vorsatz zum Nachteil handeln",

sowie die Untreue der

> „Bevollmächtigten, Verwalter, Geschäftsführer, Depositarien, Gesellschaftsgenossen, die durch vorsätzliche Benachteiligung des Anderen, das in ihre Rechtlichkeit gesetzte Vertrauen hintergehen",

als ein besonderes Delikt bestraft, sofern sich die Handlung nicht als ein anderes schwereres Verbrechen, wie Betrug, Unterschlagung, Fälschung u. dergl. kundtat.

Das Bayer. Strafgesetzbuch von 1813 (Kapitel 4 Buch 3: Von der Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue) bezeichnet in Art. 398 das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung ausdrücklich als ein subsidiäres.

Indem es die Vollendung des Untreuedeliktes von einem tatsächlich eingetretenen Schaden unabhängig macht, wird begriffsmäßig als Untreue definiert die dolose Zuwiderhandlung gegen eine besondere Treupflicht, zu der jemand kraft eines gesetzlich anerkannten Verhältnisses verpflichtet ist.

Die letztere Beschränkung auf die gesetzlich anerkannten Verhältnisse sowie die Ausscheidung von Handlungen, die sich als Unter-

[37a]) das ganz auf dem Boden der Feuerbach'schen Lehre stand.
[38]) H. Mayer S. 38.

schlagung, Betrug usw. darstellen, begrenzte somit den Untreuebegriff des Bayer. StGB viel enger, als es im Preußischen Strafgesetz von 1851 geschehen war.

Das revidierte Bayerische Strafgesetzbuch von 1861 brachte eine systematische Umgruppierung insofern, als es die Untreue zusammen mit dem strafbaren Eigennutz, der unbefugten Anmaßung und Verletzung fremder Geheimnisse in einem eigenen Hauptstück behandelte. Strafbar waren nach Art. 331:

> „Vormünder, Curatoren, Testamentsvollstrecker und Vermögensverwalter, die wissentlich zum Nachteil der ihrer Obhut unterstellten Personen, Güter oder Vermögensmassen handelten".

Im übrigen erlitt die unterschiedliche Behandlung des fakultativ oder obligatorisch in die Treuhandsperson gesetzten und verletzten Vertrauens ebenso wenig wie die Stellung der Untreue zur Unterschlagung eine Abänderung.

c) Von den übrigen Partikularrechten ist nur noch die sächsische Kodifikation von Bedeutung. Die dort vorgenommene Individualisierung der unterschiedlichen Fälle von Untreue und Unterschlagung hat für die schärfere Unterscheidung dieser beiden Delikte eine starke Förderung bedeutet.

Während das Sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838 in seinem Art. 242 bereits den Unterschlagungsbegriff einseitig definierte, hat es ebenda noch in wenig klarer und vor allem systemwidriger Weise neben einem qualifizierten Unterschlagungsfall als Veruntreuung den Alternativfall einer Untreue kriminalisiert. Denn die Stelle:

> „Wer eine fremde bewegliche Sache ... zu verwalten hat und irgendeine Handlung vornimmt, woraus die rechtswidrige Aneignung ... nach den übernommenen besonderen Verpflichtungen sich ergibt ... ist ... mittels Strafe ... zu belegen"

hat die Auslegung mit Recht auf die Treubruchsfälle angewandt[39]), die unter die Unterschlagung nicht mehr subsumierbar waren.

Schließlich hat das Sächsische Strafgesetzbuch von 1855, dem Bedürfnis der Praxis Rechnung tragend, eine selbständige, der Unterschlagung gleichzuachtende „Unterschlagung an Forderungen" kodifiziert. Der betreffende Art. 287 II

> „der Unterschlagung ist es gleichzuachten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen und andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt"

überlebte das revidierte Sächsische Strafgesetzbuch von 1868 und diente schließlich neben den beiden Absätzen des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851 zum Vorbild für die Formulierung der Untreue in § 266 Ziff. 2 des RStGB.

[39]) Näheres bei Krug, Komm. ERL. 4.

C. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870, das mit dem 1. Januar 1871 in Kraft getreten war, wurde durch Gesetz vom 16. April 1871 zum Reichsgesetz erhoben. Dieses knüpft in seinem Bestreben, die Kodifikation der Treubruchsfälle weitestgehend abzuschließen, an das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 und dessen Entwürfe an. Es war eine Sisyphusarbeit, und die endgültige Redaktion gerade des Untreueparagraphen „kann als gelungen nicht bezeichnet werden“ [40]).

I. Immerhin hat die Arbeit hinsichtlich des Unterschlagungsdeliktes einen erfreulichen Lohn getragen. Der Unterschlagungsbegriff des Preuß. StGB von 1851 (§ 225), der nach soviel Fährlichkeiten und Debatten zustande gekommen war, wurde nämlich von zwei — ihm in überflüssiger Definitionsfreudigkeit angedichteten — Merkmalen befreit.

Einmal wurde die besondere Unterscheidung in Bezug auf das rechtliche Verhältnis des Täters zur Sache fallen gelassen. Die Motive bemerken hierzu mit Recht: „Zu dieser Unterscheidung, soweit sie sich auf den Besitzerwerb des Täters bezieht, lag in dem Begriff der Unterschlagung um so weniger ein hinreichender Grund, als durch sie nur das negative Moment in den Tatbestand der Unterschlagung, daß der Besitzerwerb kein diebischer sein dürfe, näher hat bezeichnet werden sollen“ [41]). Nicht mehr wesentliches Moment der Unterschlagung ist demnach hinfort das „Wie und Warum“ des Besitzerwerbs, sondern einzig und allein die Tatsache, daß dieser Besitzerwerb ein „nicht-diebischer“ ist, daß er also keinen Gewahrsamsbruch mit umschließt, durch welches Merkmal sich das Delikt vom Diebstahl unterscheidet. Demzufolge war es nur logisch, daß mit dieser Ausdehnung des Unterschlagungsbegriffes auf jede fremde bewegliche Sache, die der nicht-diebische Täter, gleichgültig wie, in seinem Besitz oder Gewahrsam hat, eine eigene Kodifikation des Funddiebstahls sich erübrigte.

Das möglicherweise besondere rechtliche Verhältnis des Täters zur Sache fand eine Berücksichtigung nur in Bezug auf die Strafhöhe. Dies in der richtigen Erkenntnis, daß die rechtswidrige Zueignung einer anvertrauten Sache sich zwar nicht essentiell, wohl aber graduell von der rechtswidrigen Zueignung einer beliebig anderswie im Besitz

[40]) Binding, Deutsch. Str. bes. Teil I S. 396.
[41]) Motive zum StGB für den Nordd. Bund zu § 241.

oder Gewahrsam des Täters befindlichen, nicht durch Diebsgriff erlangten, fremden beweglichen Sache unterscheidet.

Ferner hat der Entwurf des Gesetzbuches den Passus „zum Nachteil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers" nicht mehr redigiert. „Denn wie an sich schon die besondere Bezeichnung des Beschädigten in dem Tatbestand der Unterschlagung ebenso wenig wie in dem des Diebstahls nötig ist, so ist auch, wie in der Erfahrung bestätigt worden ist, diese Bezeichnung selbst eine unvollständige, da die geschädigten Personen auch andere als der Eigentümer, der Besitzer oder Inhaber der Sache sein können" [42]). In der Tat ist dieser dem französischen Recht entnommene Katalog der geschädigten Personen [43]) nicht nur überaus lückenhaft, sondern muß auch — wie Draheim [44]) überzeugend darlegt — zu vollkommen unbeabsichtigten Schlußfolgerungen führen. Nicht zuletzt bedeutet die Aufgabe der kasuistischen Aufzählung der Unterschlagungshandlungen (wie es noch im Preuß. StGB, aber auch im Bayer. StGB der Fall war) und ihre Ersetzung durch das Tatbestandsmerkmal der rechtswidrigen Zueignung einen wesentlichen Fortschritt.

II. Eine weniger glückliche Hand allerdings bewies dieselbe Kommission in der Abfassung des Untreuetatbestandes.

Traute sie sich den großen Wurf einer generalisierten Vertatbestandung der strafrechtlichen Untreue nicht zu, oder verkannte sie das drängende Bedürfnis ihrer Zeit? Die Beantwortung dieser Frage [45]) liegt jenseits des hier behandelten Problems. Fest steht, daß das erzielte Ergebnis, das sich in § 266 a. F. präsentierte, ein Stückwerk war. Nach dem bekannten Rezept: „man nehme ein Lot RPO (§ 3 Tit. 32), wärme es mit der doppelten Menge Preuß. StGB (§ 246) auf, setze eine Portion GewO (§ 36) zu und verrühre das ganze gut mit zubereitetem Sächsischen Strafgesetzbuch (Art. 287 II)", wurde ein Gericht fabriziert, das den verwöhnten Ansprüchen des modernen Rechts- und Wirtschaftslebens bei weitem nicht entsprach.

Trotz der angedeuteten Ausdehnung durch Hereinnahme der im Sächs. StGB nachgebildeten Bevollmächtigtenuntreue und trotz der Ergänzung des Katalogs der Untreuesubjekte aus der GewO von 1869 „erwies sich die kasuistische Fassung mit fortschreitender Komplizierung der Vorgänge des Wirtschaftslebens als eine derartige Fessel für die Praxis, daß die Versuche, den Damm des § 2 RStGB gegen die Analogie zu durchbrechen, immer häufiger wurden" und schließlich das RG zu einer unzulässigen Ausweitung des § 266 zwang [46]).

---

[42]) s. Fußn. 41.

[43]) Code pénal Art. 408 „au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs".

[44]) Draheim S. 13.

[45]) Die treffliche Erklärung hierfür gibt Schwinge-Siebert S. 13, wo er sagt, daß § 266 a. F. „das Produkt einer überwundenen Wirtschaftsauffassung — des Liberalismus — war, der von seinem Standpunkt des „laisser faire — laisser passer" sich bestrebte, den Bereich der Strafbarkeit möglichst eng abzustecken".

[46]) Schwinge-Siebert S. 12 u. die dort angegebenen Verweisungen.

Notwendig entstanden in den anschließenden Jahren eine ganze Reihe von strafrechtlichen Nebengesetzen, die die offensichtliche Lückenhaftigkeit des Untreueparagraphen einzudämmen versuchten. Eine Aussicht, daß ihnen dies je gelingen würde, war bei der unberechenbaren Entwicklung der Wirtschaft nie vorhanden. Daß diese Erkenntnis mehr und mehr durchdrang, war der einzige Gewinn einer 60jährigen Entwicklung.

Im einzelnen waren es die §§ 23, 535 RVO; 95 BörsG; 36 HypbankG; 312 HGB; 146 Ges. betr. d. Erwerbs- u. WirtschGen; 110, 113 Ges. üb. d. Priv.Vers.Unt.; 11 ff. DepotG; 153 RKnappschG und 268 d. Ges. üb. Arb.Verm. u. Arbeitsl.Vers.

Sie haben sämtliche die Stellung von leges speciales und derogierten nach den allgemeinen Grundsätzen den § 266. Trotzdem hat die Praxis überraschend wenig damit anzufangen gewußt. Diese erstaunliche Tatsache geht klar aus der Statistik Schwinges hervor[47]), der eine scharfe Kritik daranschließt.

III. Unterschiedlich, wie die Auffassung der Wissenschaft und Praxis über die Untreuebestimmung selbst war, war sie auch hinsichtlich des Verhältnisses der Untreue zur Veruntreuung.

Zwei Lehren standen sich diametral gegenüber.

Während auf der einen Seite die sogenannte Mißbrauchstheorie, deren entschiedenster Verfechter Binding ist[48]), jede Beziehung des § 266 zu einem anderen Vermögensverbrechen, ganz besonders aber zur Unterschlagung ablehnt, erklärte die Treubruchstheorie, der hauptsächlich die ständige Rechtsprechung des RG anhängt[49]), Idealkonkurrenz mit Unterschlagung für möglich[50]) und drückt damit der herrschenden Meinung den Stempel auf. Obwohl ebenfalls der Treubruchstheorie anhängend, verneint H. Mayer[51]) die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von Untreue und Unterschlagung und läßt die beiden Delikte nur im Verhältnis alternativer Gesetzeskonkurrenz stehen. Er steht mit dieser Ansicht, die gedanklich an das Preuß. StGB anschließt[52]), allerdings ziemlich isoliert.

Somit war das Problem des strafrechtlichen Treubruchs bis zur Novelle von 1933 überaus umstritten.

Die Argumente, die von beiden Seiten ins Feld gerückt wurden, waren weder absolut unabweisbar, noch völlig unmöglich.

Die Bindingsche Theorie stellte sich auf den Standpunkt, daß die Untreue gerade so selbständig wie die Aneignungsdelikte und durchaus nur in ihrer eigenen Form begehbar sei. Mochte dem qualifizier-

[47]) Schwinge-Siebert S. 15.

[48]) Binding bes. Teil I S. 396 ff. Ebens. Frank S. 602, Gerland, Cartier u. a.

[49]) RG Str. E: 3/283; 7/349; 16/343; 17/141; 32/30; 31/363; 58/391; 62/32.

[50]) Ebenso Ebermayer (Leipz. Komm.) § 266 A. 22, Allfeld S. 487 Note 17, Freudenthal S. 122 ff., Olshsn. § 266 A. 16a, Draheim S. 55 ff.

[51]) H. Mayer S. 308 ff.

[52]) s. vorne S. 23 u. die dort angegebenen Verweisungen 35, 36, 37.

ten Fall der Unterschlagung, der Veruntreuung, auch ein nicht abzuleugnendes Treubruchsmoment innewohnen, so sei diesem — ganz gleichgültig, wem es zur Last fällt — schon dadurch Genüge geleistet, daß es als Strafschärfungsgrund Anerkennung gefunden hat. Untreue treffe nur da zu, wo die Handlung trotz des in ihr enthaltenen Machtmißbrauchs auf Grund der eingeräumten Vertretungs- oder Verfügungsgewalt wirksam sei. So wenig diese je auf Aneignung gerichtet sei, könne Unterschlagung je den Tatbestand der Untreue erfüllen. Liegt die Handlung im Rahmen der Vertretungsmacht, ist sie nur als Untreue zu verwerfen, liegt die Handlung außerhalb dieser Vertretungsmacht, ist Untreue abzulehnen.

Ganz abgesehen von dem Streit über die richtige Definition des Vollmachtsbegriffes, geht gerade aus letzterer Schlußfolgerung [53]) die Lückenhaftigkeit dieser Theorie hervor. Was soll es anders besagen, als daß Handlungen innerhalb der Vertretungsmacht, d. h. rechtsgeschäftliche Handlungen den Bindingschen Untreuetatbestand erfüllen, während ebenso gut mögliche nicht weniger häufige, rein tatsächliche Einwirkungen auf fremdes Vermögen straffrei ausgehen [54]). Sofern diese rein tatsächlichen Handlungen sich auf rein körperliche Gegenstände beziehen, wird ja in den meisten Fällen § 246 RStGB lückenschließend einspringen. Was aber, wenn diese rein tatsächlichen Handlungen sich auf immaterielle Gegenstände beziehen? Sollen diese wegen einer allzu vorsichtigen Interpretation straflos sein?

Das unbefriedigende Ergebnis dieser Lehre wird durch die Treubruchstheorie fortgescheucht. Sie läßt rein tatsächliche Handlungen zur Erfüllung des Untreuetatbestandes genügen. Soweit sich diese tatsächlichen Handlungen gleichzeitig darstellen als rechtswidrige Zueignung fremder beweglicher, im Gewahrsam des Täters befindlicher Sachen, liegt tateinheitliches Zusammentreffen der Delikte gemäß den allgemeinen Vorschriften des § 73 StGB vor. Da nämlich Untreue nur voraussetzt, daß die schädigende Handlung in einem inneren Zusammenhang mit der tatsächlich anvertrauten Macht steht und durch diese ermöglicht wird [55]), steht die Ueberschreitung der Vollmacht durch Handeln außerhalb der Vertretungsbefugnis der Annahme einer Untreue nicht entgegen.

Das RG und die ihr folgende Treubruchstheorie sieht also als wesentliches Kriterium der Untreue nicht den Mißbrauch der rechtlichen Vertretungsmacht, sondern die Verletzung der dem Täter im Verhältnis zu seinem Treugeber obliegenden besonderen Pflicht zur Treue. Während diese Treupflicht auch von der gegnerischen Seite für die Absätze 1 und 3 des § 266 a. F. noch einigermaßen zugegeben, hinsichtlich des Abs. 2 aber verneint wurde, hielt das RG das Vorhandensein einer solchen Treupflicht auch hinsichtlich des Bevollmäch-

[53]) s. Hirschfeld S. 73.

[54]) Ebenso Begr. zu Entw. 25 zu § 214 Abs. II in strenger Anlehnung an die Binding'sche Lehre.

[55]) JW 1930, 1045/1973; ZfStW 52/179 ff.

tigten gegenüber seinem Vollmachtgeber aufrecht. In wiederholten Entscheidungen [56]) bezichtigt es auch den Bevollmächtigten der Treupflichtverletzung. Dieser bricht, wenn er seine Ermächtigung oder Verfügungsbefugnis zum Schaden des Auftraggebers mißbraucht, das ihm erwiesene Vertrauen.

Es besteht denn auch wirklich kein zwingender Grund, die Einführung des Abs. 2 in den § 266 so auszulegen, daß damit das bis dato der Untreue eigene Vertrauensverhältnis gänzlich verloren gegangen sei [57]). Denn erstens wird das der Untreue des § 266 eigene Treupflichtmoment nicht allein vom Abs. 2 her bestimmt, sondern wohl viel naheliegender von Abs. 1 und 3 her, und zweitens entbehrt die Bevollmächtigtenuntreue selbst keinesfalls dieses Treupflichtmerkmals gänzlich. Es ist unrichtig, sich darauf zu berufen, daß dem Vertrage nach § 266 Ziff. 2 keine höhere Treupflicht eigen sei als anderen schuldrechtlichen Verhältnissen [58]). Die Vollmacht birgt in der Tat sogar eine gesteigerte Treupflicht [59]), denn sie weist ja doch ein viel höheres Gefahrenmoment auf als alle übrigen obligatorischen Verhältnisse. Sie ist kein Vertrag, sondern ein einseitiges, abstraktes Rechtsgeschäft, durch das der Bevollmächtigte derartig legitimiert ist, daß der Vertretene sein Handeln unmittelbar für und gegen sich gelten lassen muß (§ 164 BGB). Es ist klar, daß eine derartige Machtstellung in einer komplizierten Wirtschaftswelt einer strafrechtlichen Sanktion nicht entbehren konnte.

Es kann letzten Endes auch kein Wesensunterschied sein, ob die ermöglichte Fähigkeit, für einen anderen zu handeln, auf einem öffentlichen oder privaten Verhältnis beruht. Die Frage ist nicht, welches besondere Verhältnis zwischen dem Treugeber und dem Treunehmer herrscht, sondern ob ein solches besonderes Verhältnis besteht.

Der Vollständigkeit halber, und weil wir ihr auch bei der Neufassung des § 266 wieder begegnen, sei an dieser Stelle auch noch auf die Theorie Freudenthals [60]) eingegangen. Diese nimmt eine Mittelstellung zwischen der Mißbrauchstheorie Bindings und der Treubruchstheorie des RG ein.

Nach Freudenthal beruht das Wesen der Untreue auf der Verletzung einer zivilrechtlichen Pflicht zur Vermögensfürsorge. Der Täter ist auf Grund seiner zivilrechtlichen Stellung verpflichtet, die Obsorge für das fremde Vermögen in einer bestimmten Art und Weise zu treffen. Handelt er dem zuwider, schädigt er damit, wen er betreuen sollte und verletzt auf diese Weise seine Vermögensfürsorgepflicht. Dies kann auch durch eine (nicht-rechtsgeschäftliche) tatsächliche Handlung geschehen, die gleichzeitig den Tatbestand des

[56]) RG St. E.: 14/186; 20/266; 26/109; 38/366; 41/26.
[57]) Hirschfeld S. 29.
[58]) ebenso Freudenthal a. a. O., S. 114.
[59]) ähnlich H. Mayer S. 122.
[60]) Freudenthal, die Untreue i. Vgl. Darst. d. deutsch. u. ausl. StR Bd. 8 bes. Teil.

§ 246 erfüllt. Idealkonkurrenz zwischen Veruntreuung und Untreue ist möglich.

Es zeigt sich, daß diese Theorie sich wohl in der Begründung, nicht aber im Ergebnis von der reichsgerichtlichen Treubruchstheorie entfernt.

Es waren noch andere Schwierigkeiten, die sich in bezug auf Ziff. 2 des § 266 a. F. zeigten. Die Abfassung der Handlungsobjekte rief einen Streit für sich hervor. Sollte sich die Zugehörigkeit der „Forderungen und anderen Vermögensstücke" ausschließlich nach den Vorschriften des BGB richten, so wären die Fälle, in denen der Täter entweder als Fiduciar oder als mittelbarer Stellvertreter tätig geworden war und zufolge seiner Stellung über eigenes Vermögen waltete, trotz der treuwidrigen Benachteiligung seines Geschäftsherrn straflos.

Weder die Konstruktion über die bloße Verfügungsermächtigung [61]) noch über das antizipierte Besitzkonstitut [62]) waren wegen der damit heraufbeschworenen bürgerlich-rechtlichen Streitfragen befriedigend. Schließlich verbesserte sich die Rechtsprechung des RG durch die Konstruktion eines sogenannten Individualanspruches [63]), der zu den Vermögensstücken des Auftraggebers im Sinne des § 266 Ziff. 2 a. F. rechenbar war. Es ist klar, daß auch diese Hilfskonstruktion eben nur ein Behelf war und nicht unwidersprochen blieb [64]).

Der Widerstreit dieser Meinungen auf der einen Seite, die tatsächliche Lückenhaftigkeit des § 266 auf der anderen Seite komplizierte das Problem des strafrechtlichen Treubruchs überaus und steigerte den rechtspolitischen Zustand zur Unerträglichkeit.

D. Die Untreue-Novelle von 1933.

Versuchte schon der Entwurf von 1927 dadurch Abhilfe zu schaffen, daß er neben der übernommenen Mißbrauchstheorie in einem bewußt weiten Absatz 2 die Fälle generalisierte, die bislang nur über die oben erwähnten Hilfskonstruktionen und über die Treubruchstheorie erreichbar waren, so war es schließlich dem Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 vorbehalten, die Neugestaltung des Untreueparagraphen zu einem vorläufigen Abschluß zu bringen.

In notwendiger Entwicklung, die bei jedem Tatbestand von der primitiven kasuistischen zur allgemeinen Fassung geht [65]), wurde an

[61]) JW 1926/1574.
[62]) JW 1931/541 u. 1702.
[63]) E. 63/406 ff.
[64]) Klee in HRZBl. 1929/44 u. Franke S. 71.
[65]) Freudenthal S. 159.

Stelle des lückenhaften § 266 ein neuer Tatbestand gesetzt, der in seiner generellen Fassung den brauchbaren Rahmen für alle Fälle strafbarer Untreue darstellt. Letztere liegt vor, wenn jemand

> „vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht, oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt".

I. Es empfiehlt sich, diesen etwas langatmigen Satz behelfsweise unterzuteilen. Setzen wir hinter die Wörter „Mißbrauch", „Rechtsgeschäfts", „Treuverhältnisses" je einen senkrechten Strich und wir werden die Entdeckung machen, daß wir unsere alten Bekannten wiedertreffen.

Die Fassung: „Wer die ihm durch Gesetz . . . . Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht", gibt unverkennbar die Bindingsche Mißbrauchstheorie wieder.

In konsequenter Verfolgung dieser Theorie kann sich der Mißbrauch der eingeräumten Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht nur als rechtsgeschäftliches Handeln, d. h. als ein dem Dritten gegenüber voll wirksames, jedoch das Innenverhältnis überschreitendes Tun oder Unterlassen zutragen. Dieses ist streng nach zivilrechtlichen Vorschriften zu beurteilen und richtet sich je nachdem nach den gesetzlichen Normen, nach der besonderen behördlichen Vorschrift oder nach dem in der Regel zugrunde liegenden privatrechtlichen Kausalgeschäft. Dabei fällt unter erstere Gruppe die unmittelbar kraft Gesetzes[66]), unter die mittlere die kraft behördlicher Bestellung und unter die letztere Gruppe die kraft privatrechtlicher Vollmacht oder Ermächtigung erteilte Befugnis[67]).

Diese bildlich als Ordinate bezeichenbare Gliederung findet ihre Ergänzung durch die horizontale Aufgliederung aus dem Halbsatz „(über fremdes Vermögen) zu verfügen oder (einen anderen) zu verflichten". Unter „Verfügen" versteht man dabei nach den zugrunde zu legenden zivilrechtlichen Begriffen die Aufhebung, Uebertragung, Belastung oder inhaltliche Veränderung von Rechten[68]), unter „Verpflichtung" die im eigenen oder fremden Namen ausübbare Macht, für einen anderen bindende rechtsgeschäftliche Handlungen vorzunehmen.

Am Schnittpunkt dieser beiden Koordinaten können die sämtlichen tauglichen Objekte abgelesen werden. Es zählen hierher die

---

[66]) Enneccerus-Kipp-Wolf S. 452.
[67]) Näheres b. Schwinge-Siebert S. 22 ff.
[68]) Enneccerus S. 342.

in § 266 a. F. unter Ziff. 1 aufgeführten Personen und die diesen verwandten Personengruppen, die ihre Stellung auf das Gesetz unmittelbar oder auf behördliche Bestellung zurückführen[69]). Weil dies beim Vater gemäß § 1630 BGB, beim (im gesetzlichen Güterstand lebenden) Ehemann gemäß §§ 1376/1378 BGB und bei der Ehefrau (im Rahmen der Schlüsselgewalt) gemäß § 1378 der Fall ist, bilden diese Fälle, soweit sie sonst den Untreuetatbestand erfüllen, nach geltendem Recht keine Schwierigkeiten mehr. Ferner zählen hierher die Fälle der Bevollmächtigtenuntreue, die bisher in Ziff. 2 des § 266 a. F. behandelt wurden[70]).

Nicht hierher können (mit Ausnahme der Versteigerer) die bisher unter Ziff. 3 katalogisierten Personen gerechnet werden. Denn ihnen mangelt die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen. Dagegen haben sie die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

Diese Tatsache leitet über zu der von Freudenthal begründeten zivilrechtlich-gebundenen[71]) Treubruchstheorie. Letztere nimmt — wie oben dargelegt — die Mittelstellung zwischen der Mißbrauchs- und Treubruchstheorie des RG ein. Nach ihr beruht das Wesen der Untreue auf der Verletzung einer zivilrechtlichen Pflicht zur Vermögensfürsorge. Gemäß § 266 n. F. kann diese zivilrechtliche Pflicht bestehen kraft Gesetzes, behördlichen Auftrages oder Rechtsgeschäftes. Sie muß in jedem Fall Hauptbestandteil des den Täter treffenden Pflichtenkreises sein[72]).

Als Täter wegen Verletzung der kraft Gesetzes übertragenen Pflicht kommen ebenso, wie wegen Verletzung einer kraft Rechtsgeschäfts obliegenden Pflicht im wesentlichen die nämlichen Subjekte in Frage wie bei der entsprechenden Gruppe des Mißbrauchstatbestandes. Die trotzdem unterschiedliche Verfolgung beruht auf der Verschiedenartigkeit der getätigten Handlung. Stellt sich diese nicht als eine rechtsgeschäftliche dar, sondern liegt sie außerhalb der eingeräumten Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis, so kann auf sie der Mißbrauchstatbestand nicht angewandt werden. In diesem Fall greift der zivilrechtlich gebundene Treubruchstatbestand ebenso Platz wie in den Fällen, in denen kraft Gesetzes (z. B. beim Gegenvormund) bezw. kraft Rechtsgeschäfts eine Vermögensfürsorgepflicht ohne gleichzeitige Verfügungsbefugnis besteht.

Wegen Interessenverletzung kraft rechtsgeschäftlicher Fürsorgepflicht fallen unter den zivilrechtlich gebundenen Treubruchstatbestand nunmehr auch die Fälle, in denen ein Fiduciar oder ein mittelbarer Stellvertreter, obwohl echter Gläubiger oder Eigentümer, über das Erlangte entgegen dem Innenverhältnis verfügt.

---

[69]) Eine Aufzählung folgt später.

[70]) s. Schobert S. 15 ff.

[71]) Der Ausdruck stammt von Schwinge und hat sich bereits in der Literatur eingebürgert.

[72]) Ebenso Peschke, DJZ 1933/1099, Schwinge-Siebert S. 33.

Schließlich fallen unter die Verletzung kraft behördlicher Verpflichtung wahrzunehmender Vermögensfürsorge die bisher in Ziff. 3 aufgeführten Personen und verwandten Personengruppen (z. B. auch Marktscheider).

Bleibt als letzte Untergliederung übrig die Formulierung „bestraft wird ... wer ... die ihm kraft eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt."

Dieser letzte Tatbestand erfaßt also die Personen, die weder eine zivilrechtliche Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis, noch eine ebensolche Fürsorgepflicht mit dem Verletzten verbindet. Maßgeblich ist ausschließlich das ein Mindestmaß gegenseitiger Anständigkeit normierende Bedürfnis des täglichen Lebens.

Die hierher zu rechnenden Fälle können und sollen nicht erschöpfend aufgeführt werden, denn sonst hätte es ja bei der alten Kasuistik bewenden können. Das Gesetz hat durch diese bewußt weite Fassung für alle erdenklichen Fälle vorgesorgt. Als Hauptbeispiel mögen die Fälle auftragsloser Geschäftsführung erwähnt werden [73]).

Als weitere Tatbestandsmerkmale fordert § 266 neben Vorsatz noch Indentität der zu betreuenden und verletzten Interessen und Nachteilszufügung am Vermögen. Darüber später.

II. Hinsichtlich des Verhältnisses der einzelnen Tatbestände untereinander ist der Ansicht Schwinge's beizutreten, daß jeder folgende Tatbestand dem vorhergehenden subsidiär ist. Das folgt sowohl aus dem Aufbau, als auch — und hauptsächlich — aus der teleologischen Absicht des Gesetzgebers. Immerhin ist die Frage berechtigt, ob nicht als weitester Tatbestand der rein strafrechtliche, der doch für die Erfassung aller Fälle ausreicht, allein genügte?

In der Tat hat sich auch die amtliche Strafrechtskommission, die mit der Schaffung eines neuen Deutschen Strafgesetzbuches befaßt ist [74]), auf diesen Standpunkt gestellt. Ungeachtet eines zwischen dem Treugeber und Treunehmer bestehenden zivilrechtlichen Vertrages betrachtet sie die der Untreue zu Grunde liegende Treupflicht als eine selbständige, strafrechtlich bedeutsame sittliche Pflicht und poenalisiert deren Verletzung wie folgt:

„Der Untreue macht sich schuldig, wer die ihm auf Grund eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, für fremdes Vermögen zu sorgen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt."

Wohl ist sicher, daß diese denkbar weiteste Fassung des Untreueparagraphen geeignet ist, alle noch bestehenden Lücken zu schließen. Ebenso sicher aber ist, daß eine derartige Generalisierung nach der

[73]) Schwinge-Siebert S. 37 (andere Beispiele); siehe auch E. 67/273.
[74]) Dahm a. a. O., S. 445 ff.

überwundenen Kasuistik einen Fall in das andere Extrem bedeutet. Schwinge [75]) bezeichnet eine solche Flucht in die Generalklausel als das bei weitem größere Uebel gegenüber der bestehenden Dreiteilung. Auch die amtliche Kommission selbst kann sich diesem Einwand nicht verschließen. Wenn sie dennoch den Wurf wagt, so geschieht dies „im Vertrauen auf den Richter und unter Verzicht auf eine bis ins letzte gehende Ausformung der Tatbestände". Mag letztere Tendenz auch noch so sehr dem neuen Rechtsdenken entsprechen, letzten Endes wird erst die strafrechtliche Praxis selbst die Antwort zu geben vermögen, welche der beiden sich gegenüber stehenden Anschauungen auf die Dauer den Vorzug verdient.

III. Mit der Untreue-Novelle vom 26. 5. 33 tritt auch das übergeordnete Problem des strafrechtlichen Treubruchs in ein neues Licht. Die Frage: „Wie verhalten sich Untreue und Veruntreuung zueinander?" ist durch die Kombination der Mißbrauchs- und Treubruchstheorie entschieden. Man kommt heute nicht mehr in die mißliche Lage, je nachdem man sich der einen oder anderen Theorie anschließt, seine Entscheidung hinsichtlich der Konkurrenz zur Veruntreuung auf dem Umweg über außerstrafrechtliche Erwägungen ausrichten zu müssen, sondern kann diese nach den allgemeinen Grundsätzen des StGB über die Verbrechenskonkurrenz fällen.

Denn die Verbindung der Mißbrauchs- mit der Treubruchstheorie drückt der ersteren den Stempel auf. Es besteht kein vernünftiger Grund, die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis der im Gesetz an erster Stelle kategorisierten Mißbrauchstheorie aus der ebenfalls zivilrechtlich begründeten Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, grundsätzlich herauszustellen. Die Befugnis, über fremde Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, stellt sich m. E. auf der Kehrseite immer dar als die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Denn entweder übe ich die Befugnis getreulich aus, dann nehme ich rein tatsächlich fremde Vermögensinteressen wahr, oder ich mißbrauche diese Befugnis — d. h. ich gebrauche sie entgegen der mir durch Gesetz, behördl. Auftrag oder Rechtsgeschäft auferlegten Weise, sie in einer gewissen Richtung zu betätigen — dann verletze ich eben die gerade hierin liegende Pflicht, die Vermögensinteressen meines Treugebers wahrzunehmen.

Die Unterscheidung der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis von der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, wurde denn auch nicht aus solchen Ueberlegungen heraus getroffen, sondern aus dem Bedürfnis, auch die Handlungen zu erfassen, bei denen sich der Mißbrauchstatbestand als zu eng erweist [76]).

Wenn demnach, wie bereits dargelegt, Idealkonkurrenz des zivilrechtlich gebundenen Treubruchstatbestandes und erst recht des rein strafrechtlichen Treubruchstatbestandes mit Unterschlagung bezw.

[75]) Schwinge-Siebert S. 19.
[76]) ähnlich Schwinge-Siebert S. 31.

Veruntreuung möglich ist, muß sie dies auch hinsichtlich des Mißbrauchstatbestandes sein.

Dabei darf man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß dieses Ergebnis keinesfalls der Binding'schen Mißbrauchstheorie schroff ins Gesicht schlägt. Denn der heutige Mißbrauchstatbestand hat hinsichtlich der Binding'schen Theorie eine Alteration erfahren. Durch die Zusammenstellung „Gesetz, behördl. Auftrag oder Rechtsgeschäft" wurde das den beiden ersteren Begriffen innewohnende, auch schon früher von den Gegnern der Treubruchstheorie zugegebene, Treupflichtverhältnis unmittelbar auch auf den durch Rechtsgeschäft Befugten, also den Bevollmächtigten ausgedehnt. Dieser unterscheidet sich hinfort von Vormündern etc., Feldmessern etc. nicht mehr durch die Ermangelung eines besonderen Treupflichtverhältnisses, sondern rangiert heute auf derselben Linie wie jene. Der Grund hierfür liegt in der bewußt sozialistisch betonten Rechtsauffassung der neuen Zeit.

Daraus folgert, daß die Untreuesubjekte sich nicht wesentlich mehr dadurch unterscheiden, auf welche (öffentliche, privatrechtliche oder tatsächliche) Weise sie ihre Machtstellung erhalten haben, und ob ihnen eine Treuepflicht obliegt oder nicht, sondern welche Handlungen sie vorzunehmen in der Lage sind. Die Personen, die verpflichtet sind, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, können — müssen aber nicht notwendig — eine gleichzeitige Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis innehaben. Sie sind sodann in der Lage, durch Mißbrauch oder Ueberschreitung derselben, oder mangels einer solchen Befugnis durch ungenügende Fürsorge oder durch tatsächliche Einwirkungen ihre Pflicht zu verletzen.

Demnach ist der Mißbrauchstatbestand n. F., bereichert um das ihm bisher fremde Treupflichtmoment, genau gesehen nichts anderes als ein qualifizierter Fall des Treubruchstatbestandes [76a]).

Bleibt als Ergebnis zu verbuchen, daß die Treubruchstheorie völlig den heutigen Untreueparagraphen beherrscht. Sie ist es, die auch sein Verhältnis zur Veruntreuung bestimmt. Dieses ist nach den Regeln des allgemeinen Teils dann ein ideell-konkurrierendes, wenn die den Tatbestand der verschiedenen Strafgesetze erfüllenden Akte der Willensbetätigung dergestalt zu einem Teil zusammenfallen, daß mindestens dieser Teil gleichzeitig den Tatbeständen der mehreren als verletzt in Betracht kommenden Strafgesetze angehört [77]).

Eine wesentliche Vereinfachung soll das Verhältnis der Untreue zur Veruntreuung im kommenden deutschen Strafgesetzbuch erfahren. Um es vorweg zu nehmen, der amtliche Vorentwurf 1936 sieht eine Zusammenfassung der beiden Delikte vor [77a]).

[76a]) ähnlich Dahm a. a. O., S. 453.

[77]) Olshausen § 73 Anm. 20 u. die dort angeführt. Verweisungen.

[77a]) Dahm a. a. O., S. 445 ff.

Hauptsächlich aus der Erwägung heraus, daß ein innerer Grund für eine scharfe Unterscheidung zwischen Veruntreuung und Untreue nicht vorhanden ist, da das Wesen beider Delikte im Bruch des Vertrauens, in der Mißachtung der gebotenen Treupflicht besteht, hat die amtliche Kommission innerhalb der Untreuebestimmung einen zweiten Absatz folgenden Inhalts in Aussicht genommen:

„Wegen Untreue wird auch bestraft, wer sich widerrechtlich eine fremde Sache zueignet, die ihm anvertraut war."

In dieser Fassung stellt sich die Veruntreuung hinfort als selbständiger Unterfall der Untreue dar. Die Kommission erachtet diese Unterteilung als notwendig, da sich die Veruntreuung von der Untreue normativ unterscheidet. Während nämlich die Untreue die Tatbestandsmerkmale Vermögensbenachteiligung und Indentität der zu betreuenden und verletzten Interessen erfordert, erübrigt sich der Nachweis eines besonderen Nachteils bei der Veruntreuung und kann diese auch wohl dann vorliegen, wenn die Sache nicht demjenigen gehörte, der sie dem Täter anvertraut hatte. Zufolge dieser normativen Unterschiedlichkeit hat denn auch das geltende Recht unter Außerachtlassung der den beiden Delikten gemeinsamen Treupflichtverletzung eine scharfe Trennung zwischen der Veruntreuung als Eigentumsdelikt und der Untreue als Vermögensdelikt durchgeführt. Indem die amtliche Kommission trotz dieser Unterschiedlichkeit die Zusammenfassung der Veruntreuung und Untreue vorsieht, beweist sie, welch überragende Stellung sie im kommenden Strafgesetzbuch dem Grundgedanken der Treupflicht, als einem wesentlichen Bestandteil der neuen Sitten- und Rechtsordnung, einzuräumen gewillt ist.

Im Gegensatz zum geltenden österreichischen Recht und den österreichischen und schweizerischen Entwürfen, sowie den deutschen Entwürfen von 1925 und 1927 sieht also das kommende Deutsche Strafgesetzbuch nicht eine Ausdehnung der Veruntreuung auf Kosten der Untreue vor, wie dies durch die Hereinnahme des Begriffes „anvertrautes Geld oder Gut" in den Veruntreuungstatbestand der Fall wäre, sondern es wird gerade umgekehrt die Untreuebestimmung durch Hereinnahme des bisherigen Veruntreuungstatbestandes auf Kosten des Unterschlagungstatbestandes erweitert.

Für die Unterschlagung selbst bleiben dann nur noch die Fälle übrig, in denen sich jemand eine fremde bewegliche Sache zueignet, ohne Untreue oder Diebstahl zu begehen, z. B. der Fall der Fundunterschlagung. Allerdings besteht dabei die Gefahr, daß sich hinfort Untreue und Unterschlagung im weitesten Maße überschneiden. Um dem zu begegnen, hat die Kommission die Unterschlagung lediglich als Ergänzungstatbestand zu Raub, Diebstahl und Untreue gestaltet.

E. Das ausländische Recht.

Die Schwierigkeiten, Debatten und mancherlei Fährlichkeiten, die sich dem deutschen Gesetzgeber in Bezug auf die Entwicklung des Treubruchsproblems aufgedrängt hatten, blieben auch den ausländischen Rechten keinesfalls erspart.

Insbesondere interessiert uns hinsichtlich des gestellten Problems das österreichische, schweizerische, französische und italienische Recht.

I. Oesterreich. Unter dem nachhaltigen, z. T. mittelbaren Einfluß des römisch-rechtlichen furtum hatte die österreichische Strafgesetzgebung bis Ende des 18. Jahrhunderts die Begriffe Untreue und Unterschlagung vom Diebstahl noch nicht gesondert. Erst das beginnende 19. Jahrhundert brachte die Trennung des Diebstahls von der Veruntreuung, welches letztere Verbrechen in völliger Entfremdung von den Eigentumsdelikten auch Merkmale des Vermögensdeliktes der Untreue enthält.

Aehnlich der Entwicklung in Preußen (StGB 1851) wurde das wesentliche Unwertsmoment in der Verletzung des besonderen in den Täter gesetzten Vertrauens gesehen. Daraus erklärt sich einmal die Zuteilung der Fundunterschlagung, die eines besonderen Vertrauensmomentes offensichtlich ermangelte, unter das Hauptstück der Betrugsdelikte, sodann das Fehlen einer — auch nur versuchten — selbständigen Untreuebestimmung.

Selbst in der revidierten Auflage des österreichischen StGB von 1852, das noch heute in Geltung ist, suchen wir vergeblich nach einer solchen Bestimmung. Immerhin ist ein gewisser Ersatz geschaffen einerseits durch die überaus weite Fassung des Begriffs „Mißbrauch der Amtsgewalt", andererseits durch die oben angedeutete Fassung des Veruntreuungstatbestandes, der eine das Eigentumsdelikt der qualifizierten Unterschlagung weit hinter sich lassende, vermögensdeliktische Stellung inne hat.

Letztere Tatsache folgert zwingend aus dem Tatbestandsmerkmal „anvertrautes Gut", womit der Gesetzgeber unter ängstlicher Vermeidung des Begriffs „fremde Sache" als Tatobjekt auch andere Vermögenswerte, also immaterielle Güter, erfaßt haben will. Jedoch verbietet das Erfordernis, daß eine Uebergabe tatsächlich stattgefunden haben muß [78]), eine (unserem Untreuebegriff entsprechende) weite Ausdehnung auf die gerade wichtigsten Fälle des Verfügungsmißbrauches über nicht-verbriefte Forderungen und andere Rechte.

[78]) Lammasch-Rittler S. 292.

Aus der alternativen Fassung „wer . . . vorenthält oder sich zueignet" andererseits ist zu entnehmen, daß es gleichgültig ist, ob das veruntreute Gut im Eigentum der geschädigten Person steht, oder sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen im Eigentum des Täters befindet [79]).

Unter den Veruntreuungstatbestand der §§ 181, 183 (461) österr. StGB sind somit subsumierbar:

1. Die rechtswidrige Zueignung anvertrauter fremder Sachen.
2. Die rechtswidrige Zueignung anvertrauter und tradierter, fremder Werte (d. s. verbriefte Forderungen und andere Rechte).
3. Die Vorenthaltung dem Täter eigentümlich zustehender Vermögenswerte (Sachen oder Forderungen), sofern der Täter durch diese Vorenthaltung das Recht eines anderen verletzt und
4. die Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht der kraft öffentlichen Amtes oder besonderen obrigkeitlichen Auftrags berufenen Personen.

Diese Aufzählung zeigt, daß die „Veruntreuung" des österr. StGB, abgesehen von Ziffer 1 oben, wo es sich um einen qualifizierten Unterschlagungsfall handelt, sich hauptsächlich als Untreue darstellt. Denn die Ziff. 2 kategorisiert (wenn auch nur sehr lückenhaft) die Fälle der Bevollmächtigtenuntreue, unter Ziff. 3 fallen die Fälle der fiducia und des mittelbaren Stellvertreters und unter Ziff. 4 die Untreuehandlungen der Vormünder usw. usw.

Die Mängel dieser Fassung liegen auf der Hand. Einmal fehlt der Begriff der Unterschlagung als selbständigen Delikts gänzlich. Dadurch weist das zwitterhafte Gebilde der Veruntreuung zunächst, als Eigentumsdelikt vorgenommen, eine unglaublich große Lücke auf. Die Fälle der Unterschlagung, die sich weder unter Veruntreuung noch unter Fundverheimlichung bringen lassen, sind nicht wenige. Sodann läßt der Veruntreuungstatbestand, als Vermögensdelikt, sowohl die zahllosen Fälle der rechtswidrigen Zueignung oder pflichtwidrigen „Verwaltung" [80]) nicht besonders tradierter immaterieller Güter ungestraft, als auch die Fälle der Verletzung durch Privatrechtsgeschäft übernommener Vermögensfürsorgepflicht.

Die Wissenschaft hat diesen erheblichen Mißstand nie verkannt. Bereits die Entwürfe aus dem Jahre 1874 ff. kennen einen modernen selbständigen Unterschlagungsbegriff und versuchen sich in der generalisierenden Abfassung eines Untreuebegriffs, der jedoch in seiner völlig unbestimmten Fassung den an ihn gestellten Forderungen hätte schwerlich genügen können.

Der Entwurf von 1912 vermengte noch einmal die Praevarikation mit der Untreue und trug auch sonst für die endgültige Kodifikation keinen Gewinn ein [81]).

[79]) Lammasch-Rittler S. 291.
[80]) „Verwalten" schließt nach dem österr. ABGB die Verfügungsgewalt mit ein.
[81]) Näheres bei Pfeifer S. 82 ff.

Schließlich entstand aus dem dringenden legislativen Bedürfnis nach kriminellem Schutz vor vorsätzlicher Verletzung fremder Vermögensrechte die Strafgesetznovelle vom 15. 12. 1931. Hiernach werden wegen Untreue bestraft:

> „wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, in gewinnsüchtiger Absicht geflissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt".

Offensichtlich liegt dieser Fassung die Bindingsche Mißbrauchstheorie zugrunde. Bestraft wird nur der rechtsgeschäftliche Mißbrauch einer nach außen legitimierten Stellung, die im Innenverhältnis die Interessen des Auftraggebers verletzt. Kein strafbarer Mißbrauch liegt vor, wenn die vermögensschädliche Handlung in abstracto außerhalb des Auftrags oder der Vollmacht liegt, wenn der Täter also „aus Anlaß seiner Stellung" und nicht „gerade bei Besorgung der Geschäfte seines Auftraggebers" [82]) gehandelt hat. Daß damit der neue Untreuetatbestand des österr. StGB an einer ganzen Reihe strafwürdiger Handlungen vorbeigeht, ist unverkennbar. Immerhin ist die bestehende Kodifikation insofern zur Not ausreichend [83]), als durch die belassene überaus weite Fassung des oben aufgeführten Veruntreuungstatbestandes eine erkleckliche Zahl rein tatsächlicher und sonst verbleibender Untreuehandlungen unter die §§ 181, 183 (461) subsumierbar ist.

Bei der Begriffsweite der Veruntreuung und ihrem vermögensrechtlichen Einschlag ist die Abgrenzung gegenüber der Untreue-Novelle schwer. Man geht mit der Annahme eines alternativen Verhältnisses wohl in den seltensten Fällen fehl. Je nachdem nämlich eine ausdrückliche Uebergabe des Gutes stattgefunden hat, ist Veruntreuung oder Untreue gegeben.

Vom Gesetz nicht erfaßt werden die Fälle, in denen eine traditio nicht stattgefunden hat und der Täter „geflissentlich in gewinnsüchtiger Absicht" oder selbst ohne diese Absicht das fremde Vermögen durch tatsächliche Handlungen schädigt.

II. Schweiz. Wie allgemein in den eidgenössischen Gesetzbüchern in- und ausländische Einflüsse in einem solchen Maße hervortreten, daß man schwerlich von einer einheitlichen schweizerischen Gesetzgebung sprechen kann, zeigt sich auch gerade hinsichtlich des gestellten Treubruchsproblems in den kantonal so verschiedenen Gesetzeswerken der Einfluß vor allem des deutschen und französischen Rechts.

Neben der fast wörtlichen Wiedergabe des Art. 408 Code pénal finden wir da und dort schon sehr früh selbständige Untreuetatbestände, z. T. mit Praevarikation, z. T. mit Unterschlagung ver-

[82]) Schneck in Jur. Blät. (Wien) 1931/480.

[83]) Auch trotz des einschränkenden Tatbestandsmerkmals „in gewinnsüchtiger Absicht"; völlig unberechtigt scheidet der Gesetzgeber dadurch Fälle aus, die deswegen keinesfalls weniger strafwürdig sind, weil der Täter wohl für sich selbst keinen Gewinn, für seinen Treuegeber aber Schaden will.

mischt, z. T. in strenger Anlehnung an § 266 a. F. RStGB [84]). Ein wenig klares Bild ergibt sich auch aus dem Bundesstrafgesetz von 1853, das, mit Unterschlagung und anderen Delikten vermengt, verschiedene Untreuehandlungen poenalisiert.

Die Unhaltbarkeit der kantonalen Verschiedenheit drängt zu einer Vereinheitlichung des schweizerischen StGB. Die Entwürfe hierzu sind zahlreich. Einheitlich ordnen sie alle die Untreue ebenso wie Veruntreuung unter das Hauptstück der Vermögensdelikte.

Der Vorentwurf von 1903 behält wie seine Vorgänger die Verselbständigung eines besonderen Untreuetatbestandes als sogenannte „ungetreue Geschäftsführung" bei und führt eine scharfe Trennung zur einfachen und schweren Unterschlagung ebenso zur Veruntreuung an vertretbaren Sachen durch.

Als Subjekte der Untreue kommen unter Vermeidung einer kasuistischen Aufzählung solche Personen in Frage, denen „zufolge rechtlicher Verpflichtung die Wahrung von Vermögensrechten obliegt" (Art. 94). Damit sind die nämlichen Personen kategorisiert wie in den Vorentwürfen von 1908 und 1916, welche Personen erfassen, die für fremdes Vermögen „zufolge einer Rechtspflicht" bzw. „zufolge einer gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht" sorgen sollen. Denn weder trägt das schweizerische Zivilrecht in den Vermögensfürsorge- oder in den Interessenwahrungsbegriff einen Unterschied hinein, noch ist die Art der Bestellung (zufolge rechtlicher Verpflichtung — zufolge einer Rechtspflicht — zufolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht) eine erheblich verschiedene.

Als Objekt wechseln die Begriffe Vermögensinteressen (V. E. 1894, 1896), Vermögensrechte (V. E. 1903) und Vermögen (V. E. 1908, 1916). Es besteht kein Grund, in diese Fassung andere Unterschiede hineinzulesen als die einer stufenweisen Niederreißung aus dem Zivilrecht herüberspielender Hemmnisse.

Die Untreuehandlung besteht in der Verletzung des fremden Vermögens durch ein Tun oder Unterlassen, das einen Vermögensnachteil zeitigt. Einheitlich ist in sämtlichen Entwürfen die Identität der zu betreuenden und geschädigten Personen gewahrt.

Immerhin unterscheiden sich die Entwürfe hinsichtlich des Motivs der Begehung, d. i. des zur Tat treibenden unwerten Eigennutzes. Während noch bis zum V. E. 1903 die gewinnsüchtige Absicht zum Tatbestandsmerkmal erhoben war, verwerteten die folgenden Entwürfe von 1908 und 1916 diese gewinnsüchtige Absicht nur noch als Strafschärfungsgrund.

Die Freudenthalsche Treubruchstheorie liegt dieser Fassung unschwer erkennbar zugrunde.

Demzufolge können die Handlungen sowohl rechtsgeschäftlicher als auch tatsächlicher Natur sein, sofern sie nur in einem „rapport

[84]) Näheres bei Freudenthal a. a. O., S. 128 ff. u. v. a. bei Stooß a. a. O., S. 747—764, 785—805.

juridique existant entre la victime et l'auteur de délit"[85]) stehen. Diesem „rapport juridique" entspricht die zivilrechtliche Gebundenheit des Treubruchstatbestandes, von dem oben (S. 26) die Rede war.

Endlich übernimmt der Gesetzentwurf von 1918 wörtlich den Untreuetatbestand des V. E. 1916 und bestraft in seinem Art. 136 als „Ungetreue Geschäftsführung":

> „Wer jemand am Vermögen schädigt, für das er zufolge einer gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll, wird . . . bestraft. Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe . . ."

Der Streit der Meinungen, wie ihn die Entwürfe zeigen, geht auch aus der Entwicklung des Veruntreuungstatbestandes hervor.

In gedanklicher Anknüpfung an das österreichische Recht bringen die Vorentwürfe[86]) einschließlich des Entwurfs von 1918 als Veruntreuung bzw. Unterschlagung (die Bezeichnungen wechseln) die Verletzung des besonderen in den Täter gesetzten Vertrauens, begangen entweder durch Aneignung einer fremden beweglichen Sache in unrechtmäßiger Bereicherungsabsicht oder durch unrechtmäßige Verwendung von Gütern, namentlich Geld, also: von fremden oder eigenen, vertretbaren oder unvertretbaren Sachen.

Straferhöhung tritt ein in den Fällen, in denen der Täter die Veruntreuung zufolge eines besonderen obrigkeitlichen oder obrigkeitlich-bestellten oder berufsmäßigen Verhältnisses zur Sache begeht.

Neben der Veruntreuung findet sich allenthalben als notwendige Ergänzung[87]) ein selbständiger Tatbestand der Fundunterschlagung.

Hinsichtlich des Verhältnisses der Veruntreuung zur Untreue ist nach dem Allgemeinen Teil des schweiz. StGB[88]) die Lösung unter Abstellung auf den Einzelfall zu suchen. Idealkonkurrenz liegt vor, wenn das einzelne Verhalten oder die zu einer Einheit zusammengesetzte Mehrzahl von Handlungen den Tatbestand der beiden fraglichen Gesetze erfüllt, ohne daß einer dieser Artikel die Tat nach allen Seiten erfaßt.

Daß die Anzahl der Fälle, die bei der weiten Fassung des schweizerischen Veruntreuungstatbestandes von diesem Artikel nicht restlos erfaßt werden können, eine entschieden geringere ist als die unter dem § 246 RStGB subsumierbaren Fälle, ist leicht erdenklich. Trotzdem ist bei der gewählten Fassung für den verbleibenden Rest Idealkonkurrenz mit Untreue nicht nur nach schweizerischem, sondern auch nach deutschem Recht möglich und gemäß der Freudenthal folgenden Theorie unbestritten.

---

[85]) Carl Stooß S. 162 Zürich V. E. 1908.

[86]) Mit Ausnahme des V. E. 1908; dieser enthält nach deutschem Vorbild einen selbständigen Unterschlagungstatbestand mit dem qualifizierten Unterfall der Veruntreuung. Bestraft wird, „wer sich eine . . . Sache, die er in Gewahrsam hat, aneignet."

[87]) Wiederum V. E. 1908 ausgenommen, wo sie ja überflüssig ist.

[88]) Hafter a. a. O., S. 351.

Der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches ist noch nicht zum Gesetz erhoben. Die künftige Gesetzesfassung ist noch ungewiß.

III. Frankreich. Eine ungleich einheitlichere Entwicklung hinsichtlich des gestellten Problems hat das französische Recht durchgemacht. Mit dem Eindringen der (deutschrechtlichen) coutumes aus dem Norden Frankreichs wurde der bislang unbekannte Begriff des „abus de confiance" rezipiert und hat seitdem keine grundlegenden Aenderungen mehr erfahren.

Lediglich was das Gesetz als Verletzung des Hinterlegungsvertrages durch Beseitigung oder Verschleuderung der anvertrauten Gegenstände bestrafte, wurde durch den Code pénal von 1810 und die Novellen von 1832 und 1863 auf eine Reihe weiterer, besonders aufgeführter Verträge ausgedehnt. Zudem wurde das Erfordernis der Vorteilserlangung (à son profit) durch das negative, prozessual leichter feststellbare Tatbestandsmerkmal der Vermögensbenachteiligung (au préjudice . . .) ersetzt.

Sonach wird nach geltendem Recht (Art. 408 C. p.) wegen Vertrauensmißbrauchs bestraft:

> „wer Effekten, Gelder, Waren, Schuldscheine, Quittungen oder irgend andere Schriften, die eine Verbindlichkeit oder Befreiung enthalten, und die ihm nur auf Grund eines Miet- oder Hinterlegungsvertrages, eines Auftrages, Pfand- oder Leihvertrages oder einer besoldeten oder unbesoldeten Arbeit wegen unter der Verpflichtung eingehändigt wurden, sie zurückzugeben oder auf jedesmaliges Ansuchen vorzuzeigen (réprésenter) oder sie zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen oder zu verwenden, zum Nachteil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers beseitigt (détourne) oder verschleudert (dissipe, d. i. vorsätzlich und rechtswidrigerweise in eigenem oder eines Dritten Interesse verwendet"[88a]).

Straferhöhung tritt ein, wenn die Tat durch einen öffentlichen Beamten, Diener, Angestellten, Schüler, Gehilfen, Arbeiter, Teilhaber oder Lehrling zum Nachteil seines Herrn begangen wird.

Im Gegensatz zum Diebstahl setzt also abus de confiance voraus, daß das Tatobjekt freiwillig übergeben worden ist, und daß die Verletzung gerade aus dem Mißbrauch dieser (licite) eingeräumten Stellung entstanden ist.

Hervorzuheben ist, daß die Verträge keinesfalls beispielsweise, sondern erschöpfend katalogisiert sind.

Beruht also die Stellung des Täters auf einem anderen als den im Gesetz aufgeführten Verträgen, oder kann vom Gericht nur alternativ der eine oder andere Vertrag als verletzt bezeichnet werden, so ist die Anwendung des Art. 408 Code pénal ausgeschlossen[89]).

Handlungsobjekte können alle beweglichen Sachen unbeschadet anhaftender Mängel schlechthin sein, sowie gemäß der getroffenen

[88a]) Chauveau-Hélie-Villaire V. n. 2272.

[89]) Pandectes françaises I S. 248.

Fassung alle Schriftstücke, die das Vermögen (la fortune)[90]) zu gefährden, d. h. einen materiellen Nachteil zuzufügen geeignet sind.

Die deliktische Handlung besteht in einem Beseitigen (détournement) oder Verschleudern (dissipation). Dabei bezeichnet erstere jede Art rechtswidriger Zueignung, letztere in genereller Fassung alle übrigen denkbaren Fälle[91]), die der Gesetzgeber bewußt aufzuzählen vermeidet, die aber dasselbe Unwertsmoment zum Ausdruck bringen.

Wie die Veruntreuung des deutschen Rechts steht der zitierte Art. 408 C. p. unter dem Hauptstück der Eigentumsdelikte. Jedoch erfährt der Begriff der Eigentumsdelikte im französischen Recht eine derartige Ausdehnung, daß daraus eine Beschränkung des abus de confiance nicht abgeleitet werden dürfte. Aus der Hereinnahme des Bankerotts und gewisser betrügerischer Handlungen in das nämliche Hauptstück, läge vielmehr die Folgerung nahe, daß wie diese Delikte der abus de confiance auch das Vermögen erfaßte. Das trifft nicht zu.

Es ist nicht angängig, den Tatbestand des abus de confiance unserem Untreuebegriff an die Seite zu stellen. Die Handlung sowohl als auch deren Objekt lassen vielmehr keinen Zweifel aufkommen, daß das Delikt unserer Veruntreuung sehr nahe verwandt ist. Der Begriff Vermögen hat eben im französischen Recht nicht die scharfe wissenschaftliche und systematische Abgrenzung von Eigentum gefunden und umgekehrt.

Wie fern übrigens dem Veruntreuungstatbestand des Art. 408 das Moment des Treubruchs liegt, geht aus der Tatsache hervor, daß er seine Ueberschrift „abus de confiance" mit drei der Untreue zweifellos fernstehenden Delikten, nämlich der Ausbeutung Minderjähriger, dem Plankettmißbrauch und der Unterdrückung von Akten teilt[92]).

Bleibt die Feststellung zu machen, daß die französische kriminelle Kodifikation auf dem Umwege über die deutsch-rechtlichen coutumes zwar dem Namen nach bereichert wurde, aber inhaltlich doch nur sehr wenig mit dem so wesensfremden Treubruchsbegriff anzufangen wußte.

Interessant ist an dieser Stelle der offizielle Kommentar der französischen Pandekten[93]). Nicht der erhöhte Unwert, der gerade in der Treueverletzung liegt, nicht das deutsch-rechtliche ethische Moment wird sanktioniert, sondern die Tat wird ins Psychologisch-Menschliche entrückt und entschuldigt. Nicht der Täter ist erhöht strafwürdig, sondern der Treugeber ist vermindert schutzbedürftig! „C'est au contraire le propriétaire, qui a eu l'imprudence de choisir un mandataire ou un dépositaire infidèle; . . . l'inculpé a cédé à l'occasion qui lui était offert; . . . le trouble apporté à l'ordre social est moins grand."

---

[90]) Ebenda S. 247.
[91]) Carnot a. a. O., S. 239.
[92]) Freudenthal a. a. O., S. 127.
[93]) Pand. franç. I/240.

Immerhin geht es ganz ohne Untreuebestimmungen auch im französischen Recht nicht ab. Zum mindesten finden wir in den Nebengesetzen Vorschriften, die wir als Sondertatbestände der Untreue bezeichnen können.

So bedroht Art. 596 Code de commerce den Konkursverwalter und Art. 24 des Gesetzes vom 4. 3. 89 den gerichtlichen Liquidator wegen Untreue (de malversation) in seiner Amtsführung (dans sa gestion), das Sozialversicherungsgesetz von 1928 (Art. 64) und das Arbeitsgesetz von 1910 (Art. 99) enthalten ebenfalls Untreuefälle.

Auffallen mag es nach all dem, daß ein selbständiger Unterschlagungsbegriff dem C. p. fehlt. Die Erklärung hierfür findet sich zum Teil aus der Fassung des Diebstahlsdelikts (Art. 379 C. p.). Dieser stellt neben den Angriff auf das fremde Eigentum wohl hauptsächlich — aber keinesfalls ausschließlich ab auf den Gewahrsamsbruch. Die Zueignung einer fremden Sache nämlich, die ohne Wissen des Eigentümers in den Besitz des Täters gekommen ist, wird als Diebstahl bestraft, wenn der Täter die Sache „apprehende frauduleusement“ [94]), d. h. sobald er sie mit deliktischem Unwert angreift, indem er sie sich rechtswidrig zueignet. Ebenso wird jeder Fall einer Fundunterchlagung als Diebstahl bestraft, wenn der Täter bereits im Augenblick des Ergreifens der gefundenen Sache die Absicht hatte, sie sich rechtswidrig zuzueignen. Im anderen Falle bleibt seine Tat straflos [94a]).

Man muß auf den römisch-rechtlichen Begriff des furtum, von dem sich die französische Judikatur niemals freigemacht hat, zurückgehen, um diese Systematik zu verstehen.

Das Ergebnis der Untersuchung ist der französischen liberalistischen Rechtsauffassung entsprechend. Abgesehen von den allernötigsten Schutzbestimmungen in Nebengesetzen fehlt ein kasuistischer oder generalisierter Untreuebegriff gänzlich. Die Unterschlagung erschöpft sich in der Hauptsache in dem Veruntreuungstatbestand und geht zum Teil in Diebstahl auf. Der verbleibende Rest deliktischer Handlungen kann noch heute lediglich nach zivilrechtlichen Grundsätzen verfolgt werden.

IV. Italien. Die Rechtsgelehrten des italienischen Mittelalters rechneten in Anlehnung an das römische Recht die rechtswidrige Aneignung von im Gewahrsam des Täters befindlichen Sachen ebenfalls zum furtum. Dieser allgemeine Unterschlagungsbegriff fand seine Unterteilung in den von der Praxis herausgebildeten qualifizierten Fall der Veruntreuung sowie in die Fundunterschlagung. Den Veruntreuungstatbestand verübten vornehmlich Handwerker, Entleiher, Verwahrer, Pfandgläubiger. Die Handlung mußte sich durch eine äußerliche den Herrschaftswillen des Täters demonstrierende contrectatio kundtun. Der bloße Abschluß eines obligatorischen Kaufver-

[94]) Art. 379 Anm. 8 in C. p. Ausg. Collekt. Dalloz.

[94a]) Garraud V. n. 2092: C'est une fraude sui generis qui n'est prévue par aucun texte du C. p. Die dadurch bestehende Lückenhaftigkeit gibt Garraud offen zu und verlangt dringend Abhilfe.

trages war nicht genügend. Auf der Schuldseite wurde Vorsatz und Bereicherungsabsicht gefordert[95]). Hinsichtlich der Fundunterschlagung sprach für die contrectatio fraudulosa eine Vermutung, wenn der Finder die Sache nicht innerhalb einer bestimmten Frist zur Anzeige brachte, oder wenn er sie verbarg.

Neben diesen Unterschlagungsbestimmungen war dem italienischen Recht ein besonderer Untreuetatbestand fremd. Es kann dies nach den Ausführungen über das römische und französische Recht nicht überraschen. Jedoch schloß der weite Begriff des furtum genau wie im römischen Recht Tatbestände mit ein, die wir unter Umständen als Untreue bezeichnen können. So wurden in der Praxis auch tatsächlich Vormünder, Pfleger und bezeichnenderweise auch Kaufleute, die die ihrer Obhut obliegenden fremden Gelder sich rechtswidrig zueigneten oder sie sonstwie zum Nachteil der betreuten Personen verwendeten, bestraft[96]).

Das StGB für das Königreich Italien, das im Jahre 1890 in Kraft trat, zeigt in seinem Art. 417 unter dem Titel „Delle appropriazioni indebite" einen Veruntreuungstatbestand, der stark an den „abus des confiance" des franz. C. p. erinnert. Unter Vermeidung der kasuistischen Aufzählung der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte als auch der Handelsobjekte wird (auf Antrag) bestraft:

> „wer eine Sache eines anderen . . . anvertraut mit der Verpflichtung, dieselbe zurückzuerstatten, oder von ihr einen bestimmten Gebrauch zu machen, sich zueignet, indem er sie zu seinem oder eines Dritten Vorteils verwendet".

Straferhöhung nach Art. 419 und Offizialverfolgung tritt ein, wenn die Sache auf Grund eines Berufes, Gewerbes, Handels, Geschäftsbetriebes, Amtes, Dienstes oder einer Nothinterlegung anvertraut worden ist.

Bei der eindeutigen Fassung dieses Tatbestandes ist es nicht gestattet, ihn auf andere Fälle als auf den entsprechenden § 246 2. Hs. RStGB auszudehnen[97]).

Eine selbständige Tatbestandung im Gesetz von 1819 widerfuhr noch der Fundunterschlagung, aber ungeregelt und straflos blieben die anderweitig möglichen Unterschlagungsfälle.

Auch das italienische StGB vom Jahre 1930 behielt die Zweiteilung in Unterschlagung und Fundunterschlagung bei. Eine selbständige Untreuebestimmung fehlt.

Immerhin bedeutet diese Kodifikation insofern einen Fortschritt, als das Delikt der Unterschlagung ziemlich klar herausgearbeitet ist. Als solche stellt sich hinfort dar jede „eines rechtswidrigen Vorteils wegen" erfolgte Aneignung von fremdem Geld oder von fremden beweglichen Sachen, die der Täter aus irgendeinem Grund im Besitz hat.

[95]) Näheres bei Dahm a. a. O., S. 459 ff.
[96]) Näheres bei Dahm a. a. O., S. 481.
[97]) Ebenso Freudenthal a. a. O., S. 127; a. M. Stephan S. 179.

Straferhöhung tritt ein, wenn sich die Sachen „aus dem Grund notwendiger Verwahrung" im Besitz des Täters befunden haben, Straferhöhung und Amtsverfolgung, wenn der Schaden einen erheblichen Umfang hat (Art. 61 Ziff. 7) oder die Tat „unter Mißbrauch der Befugnisse oder unter Verletzung der mit einem öffentlichen Amt oder einer öffentlichen Dienstleistung" verbundenen Gewalt begangen wurde (Art. 61 Ziff. 9).

Damit ist unter Uebergehung des besonderen Verhältnisses des Täters zur Sache die Unterschlagung wie im deutschen Recht als die rechtswidrige Aneignung (fremden Geldes und) fremder beweglicher Sachen ohne gleichzeitigen Gewahrsamsbruch schlechthin poenalisiert. Der qualifizierte Tatbestand der Veruntreuung wird allerdings nur auf die Fälle „notwendiger Verwahrung" beschränkt, d. h. auf die Fälle, bei denen der Eigentümer dem Täter die Sache kraft Gesetz oder Amt (Vormund, Pfleger, Konkursverwalter u. a.) anvertrauen mußte. Nicht fallen unter Art. 646 Abs. II Codice penale die Fälle, in denen sich der Eigentümer der Sache kraft Rechtsgeschäft begeben hat. Die hierdurch klaffende Lücke wird allerdings durch Art. 646 Abs. III in Verbindung mit Art. 61 Ziff. 7 geschlossen. Demzufolge tritt Strafschärfung ein, wenn die Tat „unter Mißbrauch der Befugnisse" begangen ist. Der Depositar usw., der das Geld seines Auftraggebers im Besitz hat, wird ebenso wegen Mißbrauch der tatsächlichen Befugnis bestraft, wenn er sich das Geld zueignet, wie der Bevollmächtigte, der die Befugnis, mit der Sache oder mit dem Geld in einer bestimmten Weise zu verfahren, mißbräuchlich verletzt.

Trotz der gewählten alternativen Fassung „fremdes Geld oder bewegliche Sache" zeigt ein Vergleich, daß der neue Unterschlagungsbegriff des italienischen StGB keinesfalls den Untreuetatbestand des RStGB zu ersetzen in der Lage wäre. Unpoenalisiert sind, abgesehen von einzelnen Nebengesetzen, die überaus zahlreichen Fälle der rechtswidrigen Aneignung oder mißbräuchlichen Verfügung über Forderungen und sonstige immaterielle Güter, begangen von kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts bestellten Personen, sowie der Verpflichtungsmißbrauch und die noch zahlreicheren Fälle der Vermögensfürsorgepflicht-Verletzung. Auch das moderne italienische Strafrecht läßt also für diese Fälle nur den Zivilrechtsweg offen.

F. Der strafrechtliche Dualismus.

Rekapitulieren wir in kurzen Zügen die gemachten Darlegungen, so können wir hinsichtlich des Treubruchproblems zwei verschiedene Rechtsauffassungen herausstellen, die wir als römisch-rechtliche und deutsch-rechtliche bezeichnen wollen.

Erstere Auffassung entbehrt eines selbständigen Untreuetatbestandes, bestraft nur die auf besonderes Vertrauen aufgebauten Unter-

schlagungsfälle und beschränkt sich im übrigen auf den zivilrechtlichen Schutz des Geschädigten.

Dieser römisch-rechtlichen Auffassung sind die romanischen Länder Frankreich und Italien und die romanischen Kantone der Schweiz gefolgt.

Die deutsch-rechtliche Lehre erkennt schon früh die Notwendigkeit eines selbständigen Untreuebegriffes neben dem Unterschlagungsdelikt. Das Verhältnis der beiden ist uneinheitlich und schwankend. Ungeachtet der verschiedenen Auffassungen jedoch ist das Moment der Treue als notwendiges Rechtsgut in die Gesetzgebung eingegangen und wird ihre Verletzung kriminell bestraft.

Die deutschen Länder, später das Reich, Oesterreich und die deutschen Kantone der Schweiz haben darnach ihre Strafgesetzbestimmungen ausgerichtet. Damit haben sie aber gleichzeitig den Konfliktsstoff hinsichtlich des strafrechtlichen Treubruchs heraufbeschworen.

Die Fragestellung des Problems: Stellt sich der Treubruch nach geltendem deutschen Recht mehr als Veruntreuung oder Untreue dar? ist unlogisch und bedarf einer Korrektur. Der Begriff Treubruch umfaßt notwendig die beiden Delikte. Sie können zusammenfallen oder sind für sich allein begehbar. Richtigerweise muß gefragt werden: In welchen Fällen ist Treubruch als Veruntreuung, in welchen Fällen als Untreue strafbar? Wann erfüllt Treubruch die Tatbestände beider Gesetzesnormen? Der Beantwortung dieser Frage muß eine kritische Untersuchung der einzelnen Delikte vorangehen.

I. Treubruch als Veruntreuung: Neben Diebstahl, Raub und Unterschlagung nimmt als qualifizierter Fall der letzteren die Veruntreuung eine besondere Stellung innerhalb der Eigentumsdelikte ein. Sie unterscheidet sich von der Unterschlagung durch das Merkmal der „anvertrauten" Sache und zusammen mit der Unterschlagung vom Diebstahl und Raub dadurch, daß der Täter die Sache in Gewahrsam hat.

Die Handlung der Veruntreuung besteht wie bei den übrigen Eigentumsdelikten in der rechtswidrigen Zueignung einer fremden beweglichen Sache. Die Auffassungen über den Begriff der Zueignung gehen auseinander. Nach der Vermögensdeliktstheorie versteht man darunter die „Einverleibung einer fremden Sache in das eigene Vermögen und Verfügung über sie oder ihren wirtschaftlichen Wert im eigenen Interesse unter Ausschluß des Berechtigten" [98]). Die Eigentumsdeliktstheorie hingegen sieht in der Zueignung die Anmaßung der sämtlichen Befugnisse über den Stoff selbst, die nur der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts besitzt [99]). Beide Theorien sind lückenhaft. Erstere läßt die Zueignungsfälle bei gleichzeitigem Wertersatz unsanktioniert, letztere umfaßt auch Handlungen, die mit der Unterschlagung nichts mehr zu tun haben, z. B. Sachbeschädigung.

[98]) Harburger S. 210; ähnlich Frank.
[99]) Olsh. § 242. Anm. 29 und die dort angegebene Literatur.

Richtigerweise ist unter Kombination der beiden Lehrmeinungen der Ansicht Freudenthals [100]) beizutreten, wonach „Zueignung jede Handlung ist, durch welche der Täter die Sache in sein Vermögen bringt, um die Verfügungsmöglichkeit über ihre Substanz zu haben und zu behalten".

Dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit ist genügt, wenn für den Wegnehmenden ein Recht auf eigentümliche Erwerbung der Sache nicht besteht [101]).

Als Handlungsobjekt erfordert der Tatbestand der Veruntreuung „eine fremde bewegliche Sache, die sich im Besitz oder Gewahrsam des Täters befindet".

Ueber die Sacheigenschaft des Handlungsobjektes als körperlicher Gegenstand und über seine Beweglichkeit, als der natürlich anhaftenden Eigenschaft der örtlichen Veränderbarkeit, besteht in der Literatur heute kein nennenswerter Streit mehr.

Die „Fremdheit" der Sache bestimmt sich heute ebenso unbestritten nach den zur Zeit der Handlung am Tatort geltenden zivilrechtlichen Grundsätzen [102]). Fremd ist eine Sache immer dann, wenn sie sich nicht im Eigentum des Täters befindet.

Die auf diese Weise bestimmte Sache muß sich ferner „im (Besitz oder)[103]) Gewahrsam des Täters" befinden. Man versteht unter Gewahrsam das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person unter Ausschluß anderer unmittelbar auf die Sache einzuwirken vermag [104]). Gleichgültig ist, ob der Täter den Gewahrsam mittelbar oder unmittelbar vom Eigentümer erlangt hat. Immer aber muß die Erlangung des Gewahrsams der Zueignungshandlung vorausgegangen sein, anderenfalls Unterschlagung entfällt.

Gemäß dieser Definition scheiden aus der Sphäre der Veruntreuungsobjekte die Forderungen und sonstigen Immaterialgüterrechte aus. Sie entbehren der Sacheigenschaft und unterliegen einer anderen Beurteilung.

Die Subjekte der Veruntreuung erfahren im Gegensatz zur Unterschlagung eine Einschränkung. Nicht jeder, der sich eine fremde bewegliche, in seinem Gewahrsam befindliche Sache rechtswidrig zueignet, wird unter dem qualifizierten Gesichtspunkt des Veruntreuungstatbestandes bestraft, sondern nur solche Personen, denen die Sache besonders anvertraut ist. Man versteht unter Anvertrauen die an den Täter auf Grund eines obligatorischen Rechtsgeschäfts zu treuen Händen erfolgte Sachübergabe unter der gleichzeitigen Verpflichtung, mit der Sache bei späterer Rück- oder Weitergabe in einer

---

[100]) Freudenthal a. a. O., S. 211 ff.
[101]) Näheres bei Olsh. § 242 A. 32.
[102]) Binding S. 256.
[103]) Die Tautologie ist nicht mehr bestritten.
[104]) Aehnl. d. RG in einer Reihe von Entscheidungen.

bestimmten Weise zu verfahren (sie etwa zu verwahren, vorzuzeigen, zu bearbeiten usw.). Demgemäß kommen als Veruntreuungssubjekte hauptsächlich in Betracht: Verwahrer, Mieter, Entleiher, Beauftragte, Geschäftsführer, Gebrauchsberechtigte, Handwerker, Frachtführer, Vormünder, Verwalter, Beamte. Nicht hierher zählen die Fälle, in denen die Sache durch Zufall oder durch gerechtfertigte Gewalt in den Gewahrsam des Täters gelangt ist. Veruntreuung begeht also weder der Finder noch der Gerichtsvollzieher, der sich die fremde Sache rechtswidrig zueignet.

II. Kriterium der Veruntreuung. Es sind nach den gepflogenen Untersuchungen im wesentlichen drei Merkmale, die die Veruntreuung klar und endgültig von anderen Deliktstatbeständen abheben:

1. Die Veruntreuung schützt das Eigentum an fremden beweglichen Sachen.

2. Sie hat nur eine tatsächliche, unmittelbare Herrschaft über die Sache ohne selbständige rechtliche Verfügungsmacht zur Grundlage.

3. Sie verletzt das zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts gemachte vom Eigentümer (oder Inhaber) in den Täter gesetzte Vertrauen.

Letzteres unter Ziff. 3 aufgeführtes Wesensmerkmal unterscheidet die Veruntreuung von der Unterschlagung. Insofern soll es aus den weiteren Betrachtungen ausscheiden. Soweit es eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Treupflicht enthält, zeigt es sich hingegen mit dem entsprechenden Untreuemerkmal nahe verwandt. Es besteht nämlich kein tiefgründiger Anlaß, in der Treupflichtverletzung hinsichtlich einer anvertrauten Sache oder einer anvertrauten Forderung einen Wesensunterschied zu erblicken [104a]). Die Unterscheidung richtet sich nach anderen Merkmalen. Aus diesem Grunde gebührt der Ziff. 3 gegenüber dem entsprechenden Untreuemerkmal nur eine vergleichende, nicht aber eine wertende Stellung.

III. Treubruch als Untreue. Es wurde grundsätzlich bereits bei Betrachtung der Entwicklung des Untreuetatbestandes über die neue Fassung des § 266 RStGB referiert. Eine Wiederholung, soweit sie nicht in Beziehung gerade auf die Veruntreuung darzutun ist, erübrigt sich deshalb.

Aufgezeigt wurde oben, daß die Handlungen der Veruntreuung nur in der rechtswidrigen Zueignung begehbar sind. Die Handlung der Untreue hingegen weist hinsichtlich der Begehungsform einen größeren Spielraum auf. Die neue Fassung des § 266 schaltet bewußt die drei bestehenden Haupttheorien über das Wesen der Untreue hintereinander und umfaßt als strafbar sowohl das rechtsgeschäftliche Handeln unter Mißbrauch der dem Täter eingeräumten Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, als auch die Verletzung der dem Täter kraft eines Treupflichtverhältnisses obliegenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

[104a]) ähnlich Dahm a. a. O., S. 448.

Man versteht demnach unter strafbarer Untreuehandlung die Verfügung und Verpflichtung des Täters über fremdes Vermögen, zu der er kraft seiner durch bürgerliches Recht gewährten Gewalt befugt ist, die nach außen voll wirksam, jedoch ein im Innenverhältnis vorhandenes Verbot übertritt — ebenso wie die rechtsgeschäftliche oder rein tatsächliche Verletzung der zivilrechtlichen oder rein tatsächlichen Vermögensfürsorgepflicht durch ein Tun oder Unterlassen. Unverkennbar ist in beiden (der Mißbrauchs- bzw. der Treubruchstheorie folgenden) Fällen dem Treunehmer ein gewisser Spielraum eingeräumt, innerhalb dessen er vollkommen selbständig und mit eigener Initiative über das in seiner Gewalt stehende fremde Vermögen schalten und walten kann. Der Treunehmer handelt gewissermaßen innerhalb einer „auftragsfreien Sphäre" und bietet, solange er diese nicht verläßt, dem Gesetzgeber keinen Anlaß, mit dem schweren Geschütz der Strafe einzuschreiten.

Die auftragsfreie Sphäre kann je nach Lage der Dinge eine größere oder kleinere sein. Sie findet ihre Grenzen in den Vorschriften des Gesetzes, des behördlichen Auftrags oder des zugrunde liegenden Privatrechtsgeschäfts.

Die deliktische Untreuehandlung stellt sich also dar als eine Ueberschreitung des rechtlichen Dürfens im Rahmen rechtlichen Könnens [105]), und zwar nicht nur für den Mißbrauchs-, sondern auch für den zivilrechtlichen Treubruchstatbestand. Gerade hinsichtlich des letzteren ist das rechtliche Können zuweilen überaus weit und wird überhaupt nur durch eine im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer vorhandene Bindung eingeschränkt. (Man denke nur an den mittelbaren Stellvertreter oder Fiduciar!)

Wo ein zivilrechtliches Können überhaupt ermangelt, greift als ultima ratio des § 266 der rein strafrechtliche Treubruchstatbestand durch. Er gilt, je nachdem bei fingierter zivilrechtlicher Gültigkeit ein Fall des Mißbrauchs- oder zivilrechtlich gebundenen Treubruchstatbestandes vorliegen würde, als quasi-Mißbrauchs- oder quasi-Treubruchstatbestand [106]). Demzufolge trifft auch hinsichtlich seiner die Abgrenzung einer auftragsfreien Sphäre zu. Nur wird diese naturgemäß in der Regel einen sehr viel kleineren selbständigen Spielraum haben.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Handlung des § 266 in der nach außen legitimierten, jedoch im Innenverhältnis auftrags- oder interessenwidrigen Vermögensveränderung durch den Treunehmer besteht. Da nach dem weiteren Tatbestandsmerkmal des § 266 diese Veränderung in einer Nachteilszufügung bestehen muß, muß das Vermögen des Auftraggebers durch die Tat des Treunehmers eine Verminderung erlitten haben.

---

[105]) Schwinge-Siebert S. 27.
[106]) ähnlich Schwinge-Siebert S. 38.

Handlungsobjekt im Sinne des § 266 ist das gesamte Vermögen des Treugebers. Man versteht darunter nicht etwa die lediglich nach bürgerlichem Recht dem Treugeber gehörenden materiellen und immateriellen Güter, sondern darüber hinaus alles, was der Obhut des Treugebers mit der Befugnis zur alleinrechtlichen Verfügung unterworfen ist, sodaß durch die Untreue sein wirtschaftlicher Machtbereich geschmälert wird [107]). Der Vermögensbegriff ist also ein durchaus wirtschaftlicher. Er umfaßt die Summe aller geldwerten Güter [108]). Dazu gehört der Kundenkreis genau so wie der nach normalem Ablauf der Dinge zu erzielende Gewinn. Das RG hat sogar die Gegenstände der Konkursmasse als Vermögensstücke des Konkursverwalters angesprochen (E 39/414)[109]). Dieser Auffassung ist allerdings nicht beizutreten. Trotzdem kann m. E. der mit der Geschäftsführung beauftragte Gemeinschuldner an den Gegenständen der Konkursmasse Untreue begehen; aber Treugeber ist in diesem Falle nicht der Konkursverwalter, sondern die Konkursgläubigerschaft.

Daß auch das Eigentum zum Vermögen gehört, kann vernünftigerweise nicht bezweifelt werden. Es ist deshalb — wie bereits früher nachgewiesen wurde — ein idealkonkurrierendes Zusammenfallen mit Veruntreuung möglich. Wann allerdings das eine oder andere Delikt oder eine solche Konkurrenz vorliegt, ist eine andere Frage. Darüber ist im nächsten Kapitel gesprochen.

Handlungssubjekt des Untreuetatbestandes sind nach der neuen Fassung einmal die Personen, die durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäfte befugt sind, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, sowie die Personen, die kraft derselben Bestellung oder kraft eines strafrechtlichen Treubruchverhältnisses berufen sind, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß zufolge dieser neuen Fassung des § 266 nicht nur die sämtlichen Personenkreise der alten Untreuebestimmung taugliche Subjekte sind, sondern auch eine ganze Reihe anderer Personen, die bisher nur über kühne Spekulationen erfaßt werden konnten. Anstatt einer Wiederholung der oben abstrakt gemachten Ausführungen seien hier namentlich aufgeführt:

Beamter
Beistand der Mutter
Bevollmächtigter
Ehemann
Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt
Fiduciar
Gegenvormund
Gemeinschuldner
Gerichtsvollzieher
Geschäftsführer o. A.
Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einer OHG
Gesellschafter, persönlich haftender, einer K. G. (u. K. G. a. A.)
Kommissionär
Konkursverwalter
Ladenangestellter
Liquidator
Mittelb. Stellvertreter
Nachlaßverwalter
Pfandgläubiger

[107]) RG 39/414.
[108]) Schwinge-Siebert S. 51.
[109]) Hiegegen Planck § 266 A III.

Pfleger	Vorstand, bestellter e.
Prozeßvertreter (bestellter)	rechtsf. od. nichtrechtsf. Ver.
Testamentsvollstrecker	Vorstandsmitglieder v. jurist.
Treuhänder	Personen d. öff. u. priv. Rechts
Vater	Zwangsverwalter,
Vormund	

sowie die bisher in Ziff. 3 § 266 a. F. aufgeführten Personen und verwandten Personengruppen.

All diesen Subjekten, gleichgültig ob sie im einzelnen unter den Mißbrauchs- oder Treubruchstatbestand fallen, liegt eine Treupflicht gegenüber ihrem Auftraggeber ob. Diese ist nach dem Wesen der Untreue unerläßliche Voraussetzung der Täterschaft[110]). Aehnlich wie bei der Veruntreuung das Erfordernis, daß dem Täter die Sache besonders „anvertraut ist", eine Einschränkung der tauglichen Deliktssubjekte bedeutet, beschränkt § 266 den Täterkreis der Untreue bewußt auf die Fälle, in denen die Subjekte in einem besonderen Treuverhältnis zu ihrem Auftraggeber stehen. Dabei sind das zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts gemachte Vertrauen (oben S. 46) des § 246 2. Hs. und das kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts bestehende Treuverhältnis des § 266 im wesentlichen die nämlichen Begriffe[111]). Daß man nämlich im ersteren Fall mehr an den bildlichen Vorgang der Uebergabe, im letzteren sofort an den sich daran knüpfenden Pflichtenkreis denkt, ist ebenso wenig ein Grund, einen Unterschied in die jeweils hervorgerufene Treustellung des Täters hineinzutragen, wie die Tatsache, daß der Schwerpunkt der Treupflicht einmal mehr nach der privatrechtlichen Seite, einmal mehr nach der öffentlich-rechtlichen Seite verlagert ist.

IV. Kriterium der Untreue. Fassen wir diese Betrachtungen zusammen, so können wir das Wesen der Untreue nach drei Merkmalen fixieren:

1. Die Untreue schützt das gesamte materielle und immaterielle Vermögen.

2. Sie hat eine rechtliche (und möglicherweise tatsächliche) unmittelbare oder mittelbare Herrschaft über das ganze Vermögen oder einen Teil desselben zur Grundlage.

3. Sie verletzt die dem Täter kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines tatsächlichen Treuverhältnisses obliegende Treupflicht.

Hiezu tritt das weitere Tatbestandsmerkmal der Nachteilszufügung. Diese kann bei dem Charakter der Untreue als Vermögensdelikt nur vermögensschädigender Art sein. Hinsichtlich des gestellten Problems ist ein Eingehen hierauf insofern unnötig, als auch das Eigentumsdelikt der Veruntreuung in der rechtswidrigen Zueignung

---

[110]) Schwinge-Siebert S. 22.

[111]) ähnlich Draheim S. 23.

notwendig eine Nachteilszufügung enthält, und zwar ungeachtet des Wertes der veruntreuten Sache oder eines eventuellen gleichzeitigen Wertersatzes.

Aus dem nämlichen Grund erübrigt es sich, im Rahmen dieser Abhandlung auf die Schuldseite näher einzugehen. Da das Gesetz für beide Delikte Vorsatz erfordert, wird dadurch genau so wenig wie durch das Erfordernis der Nachteilszufügung ein Unterschied in die beiden Paragraphen hineingetragen.

G. Das normative Verhältnis des § 266 zu § 246.

Das Problem Veruntreuung und Untreue erhellt aus der nachfolgenden vergleichenden Gegenüberstellung der gefundenen Wesensmerkmale beider Delikte.

Sie seien hier kurz wiederholt:

Veruntreuung	*Untreue*
1. Schützt das Eigentum an einer fremden beweglichen Sache.	1. Schützt das gesamte materielle und immaterielle Vermögen.
2. Grundlage ist tatsächliche und unmittelbare Herrschaft ohne selbständige rechtliche Verfügungsmacht.	2. Grundlage ist e. rechtl. (u. evtl. tats.) unmittelb. oder mittelb. Herrsch. üb. d. ganze Vermögen oder einen Teil desselben.
3. Verletzt das besondere in den Täter gesetzte Vertrauen.	3. Verletzt die beondere dem Täter obliegende Treupflicht.

Der Vergleich zu 1) zeigt, daß bei der Untreue das Erfordernis der Körperlichkeit des Handlungsobjektes aufgegeben ist. Handelsobjekte der Untreue können also neben körperlichen auch unkörperliche Gegenstände sein, also Rechte und Forderungen, kurz die Immaterialgüter. Fallen gelassen ist auch, soweit es sich um körperliche Sachen handelt, das Erfordernis der Beweglichkeit. Taugliche Handlungsobjekte der Untreue sind also auch unbewegliche körperliche Gegendstände und endlich fehlt der Untreuebestimmung das Merkmal der Fremdheit, demzufolge können auch körperliche Sachen oder Immaterialgüter, die sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen im Eigentum des Täters befinden, Objekt der Untreuehandlung sein.

Die ziemlich enge Bestimmung der Veruntreuung hat demnach hinsichtlich des Handlungsobjektes durch den Untreueparagraphen eine Ergänzung erfahren, die umfassender weder denkbar noch nötig scheint. Eine ähnliche Tendenz zeigt sich in der vergleichenden Gegenüberstellung der oben unter Ziff. 2) aufgeführten Wesensmerkmale.

Schon das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Herrschaftsverhältnisses, wie es § 246 durch das Tatbestandsmerkmal Gewahrsam vorschreibt, ist dem Untreuebegriff in dieser strengen Auslegung fremd. Wohl ist nach § 266 Unmittelbarkeit des Herrschaftsverhältnisses möglich, aber sie ist nicht zwingend notwendig. Es genügt, wenn der Untreuetäter mittelbar eine solche Position zu dem Handlungsobjekt einnimmt, daß er irgendwie darauf einwirken kann. Immerhin muß diese Einwirkung — und das ist das entscheidende Kriterium der Untreue — durch die zivilrechtliche Stellung des Täters, die die Vorlage von Rechtsgeschäften im Interesse des Auftraggebers umfaßt oder ermöglicht, nach außen legitimiert sein. Der Untreuetäter ist zu seinem Handeln auf Grund seiner Vertretungsmacht befugt. Er kann über eine zivilrechtlich rechtsmängelfreie Sache (oder über eine solche Forderung) verfügen oder verpflichten. Der Veruntreuungstäter hingegen übt eine bloß tatsächliche Einwirkung auf die Sache aus. Er ist darüber hinaus nicht legitimiert. Veräußert er die Sache, so ist diese nicht frei von Rechtsmängeln, vielmehr wird sie dies erst aus dem Gesichtspunkt des § 932 BGB durch den guten Glauben und im Interesse des Erwerbers und der Verkehrssicherheit.

Der Dritte, der mit dem Untreuetäter kontrahiert, bleibt, gleichgültig ob gut- oder schlechtgläubig, straffrei. Der Dritte, der mit dem Veruntreuungstäter kontrahiert, begeht bei mangelnder Gutgläubigkeit ebenfalls eine strafbare Handlung.

Vom Veruntreuungstäter unterscheidet sich der Untreuetäter durch den ihm eingeräumten selbständigen rechtlichen Spielraum[112]). Er kann sich innerhalb desselben frei bewegen. Die zentripedale Kraft dieser Bewegung ist das Interesse des zu betreuenden Auftraggebers. Strafbar macht sich der Untreuetäter erst, wenn er seine Treupflicht verletzend vorsätzlich und nachteilig gegen dieses Interesse verstößt. Dabei verläuft die Grenze keinesfalls starr, sondern sie schlängelt sich überaus fein zwischen dem noch erlaubten Risiko und dem unverantwortlichen Wagnis durch.

Der Veruntreuungstäter besitzt einen selbständigen rechtlichen Spielraum nicht. Seine Herrschaft ist unbeschadet des vorausgegangenen oder nachfolgenden obligatorischen Rechtsgeschäfts nur tatsächlicher Natur. Er kann die Sache gebrauchen, aufbewahren, transportieren, bearbeiten, vorzeigen, nachbilden oder sonstwie in der vertraglich ausbedungenen Art mit ihr umgehen, aber sie sich zueignen, über sie in Zueignungsabsicht zu verfügen, ist er nicht berechtigt. Eine Verwertung der Sache, in der Absicht vorgenommen, dadurch den Berechtigten von ihrem Substanzwert auszuschließen, ist ihm rechtlich nicht gestattet. Die trotzdem vorgenommene, nicht wegen seiner rechtlichen Legitimation, sondern der Gutgläubigkeit des Dritten und der allgemeinen Verkehrssicherheit halber gültige Handlung macht ihn strafbar.

---

[112]) s. auch Dahm a. a. O., S. 453.

An diesem Ergebnis ändert auch der Unterfall nichts, daß der Täter nicht nur die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt, sondern ihm die Verfügungsmacht für einen konkreten Fall, d. h. nur im genauen Sinne des Eigentümers, übertragen ist. Denn solchermaßen ermangelt der Veruntreuungstäter zwar nicht der rechtlichen Verfügungsmacht — die ist ihm in concreto ja gerade zugestanden —, wohl aber des Erfordernisses eines selbständigen rechtlichen Spielraums. Der Verwahrer also, der ermächtigt wurde, ein Schmuckstück gerade an den X zu veräußern, begeht Veruntreuung und nicht Untreue, wenn er sich das Schmuckstück (selbst gegen Wertersatz) zueignet. Er begeht hingegen keine Veruntreuung, sondern Untreue, wenn er über das Schmuckstück beliebig verfügen konnte und es vorsätzlich unter Benachteiligung seines Auftraggebers weit unter Preis abgibt. Denn im ersten Falle ist der Verwahrer so sehr an die Weisung des Eigentümers gebunden, daß er eben auch nicht mehr als eine tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt. Er ist nur Durchgangsperson, Bote, ohne den selbständigen rechtlichen Spielraum, wie ihn beispielsweise der Verwahrer im zweiten Fall inne hatte.

Derselbe Verwahrer begeht nach den allgemeinen Grundsätzen (s. auch oben S. 27 u. 31 ff.) Veruntreuung in Tateinheit mit Untreue, wenn ihm das Schmuckstück körperlich ausgehändigt wurde mit der rechtlichen Befugnis, es möglichst teuer zu versilbern, und er — Inhaber der tatsächlichen und rechtlichen Herrschaft über die Sache — damit durchbrennt.

Eine Bestrafung dieses Täters nur nach dem Gesichtspunkt der Veruntreuung oder nur nach dem Gesichtspunkt der Untreue wäre im konkreten Fall offensichtlich keine zureichende Sanktion. Denn die durch ein und dieselbe Handlung betätigte Schuld des Handelnden wird durch einmalige Subsumtion unter einen der Tatbestände noch nicht vollständig bewertet[113]).

Demzufolge bestraft auch das RG (Goltd. Arch. 51/360) die Verkäuferinnen eines Feinkostgeschäfts, die sich größere Mengen Waren zueignen, zu Recht wegen Untreue in Tateinheit mit Diebstahl. Letzteres aus dem Gesichtspunkt des Mitgewahrsams. Anderenfalls läge Untreue in Tateinheit mit Veruntreuung vor, wenn die Verkäuferinnen beispielsweise als Filialleiterinnen allein Gewahrsam gehabt hätten. Diebstahl oder Unterschlagung ohne Untreue läge dagegen vor, wenn im nämlichen Fall z. B. die Putzfrau des Geschäfts sich Waren zugeeignet hätte.

Auch die übrigen Fälle des RG lassen sich mit geringen Ausnahmen unschwer diesem System einordnen.

Als drittes Wesensmerkmal der Veruntreuung bzw. Untreue wurde in obiger Gegenüberstellung das Vertrauens- bzw. Treueverhältnis erwähnt. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß zwischen beiden Begriffen ein Wesensunterschied nicht besteht. Immerhin ist eine gewisse Unterschiedlichkeit in der Ausdehnung vorhanden. Der

[113]) Köhler S. 537.

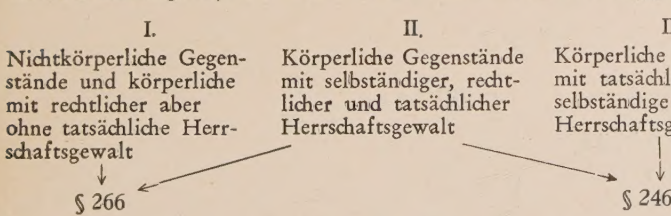
Untreuetatbestand erfährt nämlich eine gewisse Einschränkung. Er setzt voraus, daß der Täter gerade unter Verletzung derjenigen Pflichten gehandelt hat, die ihm kraft seines Treuverhältnisses obliegen. Der Vormund also muß gerade eine seiner Amtspflichten verletzt haben. Wurde beispielsweise wegen kollidierenden eigenen Interesses des Vormunds mit dem des Mündels für gewisse Angelegenheiten ein Pfleger bestellt, so handelt der Vormund im Rahmen dieser Angelegenheit nicht als Amts-, sondern als Privatperson und begeht deshalb trotz interessenwidrigen Handelns keine Untreue [114]).

Ebenso begeht m. E. keine Untreue die Ladenverkäuferin, die während ihres Urlaubs als Kundin das Geschäft ihres Arbeitgebers betritt und bei der Gelegenheit Waren stiehlt. Sie ist nur nach § 242 strafbar.

Diese Einschränkung muß natürlich von Fall zu Fall berücksichtigt werden. Eine analoge Uebertragung auf den Veruntreuungstatbestand verbietet sich jedoch aus der Zweckbestimmung dieses Paragraphen. Beschränkt er sich bereits auf das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, so bleibt demzufolge das Merkmal des Anvertrautseins der Sache solange anhaften, als dieses Herrschaftsverhältnis eben fortdauert. Erlischt dieses, so tritt entweder neuerdings ein Anvertrauen ein, oder das Delikt der Veruntreuung scheidet aus. Immer aber ist es gleichgültig, ob der Veruntreuungstäter seine rechtsgeschäftliche Stellung in bezug auf die fremde Sache beibehält oder ändert. Ebenso gleichgültig ist es, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache freiwillig vorübergehend aufgibt. Der Mieter beispielsweise begeht also auch nach Ablauf des Mietvertrages und vor Erneuerung desselben, unbeschadet seiner vorübergehenden freiwilligen Aufgabe des unmittelbaren Besitzes durch die Ueberlassung der Sache an einen Dritten, Veruntreuung, wenn er sich die Sache nach Rückerhalt in der übrigen dazwischen liegenden Zeit rechtswidrig zueignet.

Wir können das Fazit dieser Ausführungen ziehen.

Das gestellte Problem des strafrechtlichen Treubruchs weist sich als das Verhältnis Veruntreuung—Untreue nach dem Gesichtspunkt der Handlungsobjekte aus. Diese sind in drei Gruppen einteilbar:



Ohne weitere Bezüglichkeit auf die Veruntreuung fallen zufolge dieser Tabelle deliktische Treubruchshandlungen, begangen an immateriellen Gütern oder an materiellen Gütern mit rechtlicher, aber

[114]) RG E 13/333.

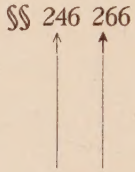
ohne tatsächliche Herrschaftsgewalt stets und allein unter die Untreuebestimmungen.

Deliktische Treubruchshandlungen, begangen an Sachen, hinsichtlich deren dem Täter nur ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis ohne selbständigen rechtlichen Spielraum zusteht, fallen stets und allein unter die Veruntreuungsbestimmungen.

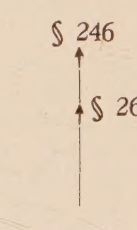
Eine Mittelstellung nehmen die körperlichen Handlungsobjekte ein, hinsichtlich deren dem Täter sowohl die tatsächliche als auch selbständige rechtliche Herrschaft zusteht. Die deliktische Treubruchshandlung stellt sich in diesem Fall als Untreue in Tateinheit mit Veruntreuung dar, sofern sich natürlich die Tat auch hinsichtlich der allgemeinen Merkmale als die eine und die andere deliktische Handlung darstellt.

Stellt man auf die Beziehung Veruntreuung—Untreue ab, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die beiden §§ 246 und 266 weder im Verhältnis

der Parallelität stehen,

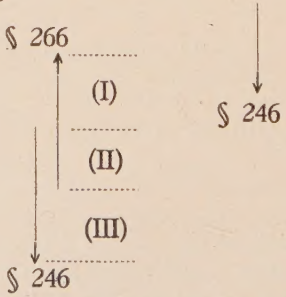


noch der Subsidiarität



noch der Alternativität,

sondern der partiellen Alternativität nebenstehenden Schemas:



Dabei sind die Räume I, II, III entsprechend der auf S. 53 oben getroffenen Einteilung auszufüllen.